

訴訟法學の立場からみた實體法學の 學問的方法とその構造とに對する疑義

中 村 宗 雄

目 次

第一 序説

- 一 實體法と訴訟法
 - 二 ローマ私法の體系（「アクチオ」を核心とする一元的構成）
 - 三 中世の訴訟制度
 - 四 近代國家における裁判權の擴大・強化と法體系の二元化（實體法と訴訟法の分離）
 - 五 パンデクテン法學におけるアクチオ理論の變貌（アクチオの分解）
 - 六 現代の法學體系における實體法學と訴訟法學の對立
- 第二 實體法學の學問的方法についての批判
- その一 現代私法學は、實體法の裁判規範の面を捨象して、社會規範（市民社會法）の理論であることが、その全部である。

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

その二 現代私法學は、アクチオの理論を私法的性格の「請求權」の概念によつて承繼し、その訴訟的性格を捨象している。

- 一 非債辨濟及び不法原因給付について
- 二 時効の効力の發生について
- 三 物權行為の有因性・無因性について

その三 現代私法學は、私法關係に及ぼす「裁判の効力」（法創定力）をその理論に織り込んでいない。

- 一 給付判決について
- 二 確認判決について
- 三 創設判決について

その四 實體法學者には、訴訟（裁判）による「權利の確定」について明確な認識を缺いている。

- 一 不動産物權（所有權）の二重譲渡について

- 二 請求權の競合について
 - 三 法律行爲の要素の錯誤(民九五條)と賣主の擔保責任(民五六〇條以下)との關係について
 - 四 詐欺による法律行爲の要素の錯誤について
 - 五 盜品または遺失品
- 第三 實體法學の學問的方法とその構造における缺陷
- の所有權の歸屬(民一九二條と一九三條との關係について)

第一序 說

一 實體法と訴訟法

實體法と訴訟法とは、異質の法規範であり、現代の法制においては、相關・相補の關係において、それぞれ別個の法體系を構造している。實體法は、われわれの社會生活關係を規律する行爲規範及び組織規範であつて、元來、それは社會規範たる性格をもつ。しかして國家は、社會の自律性による法規範の遵守を遵法精神などといひ、これを尊重・育成する態度をとつてゐるが、その違反者に對する強制すなわち法規範の強制實現の權力は、漸次これをその手に收め、近代法治國家において、ほぼ、その目的を貫徹してゐる。^(一)「訴訟」による裁判が、その國家的強制の手續であり、この裁判によつて、具體的法規範の有權的確定とその強制とが、近代國家によつて獨占せられるところとなつた。しかしてこの裁判は、實體法に依據してなされるが故に(法律による裁判)、實體法は、社會規範たると同時に國家意志の具現としての裁判規範たる性格をもち、また、實定法としての實體法は、すべて國家法として制定せられ、若しくは承認せられることとなつた。^(二)

(一) ローマ法においては、債權の實行は、なお、債權それ自體の効力とせられた。しかし近代國家においては、市民社會がその自律性を喪失しゆく一場面として、法の強制がすべて國家權力に收められ、債權は、單に當爲性をもつに止まる。

(二) 刑法において、殊に實體法が國家法として裁判規範たる性格をもつことが著しい。

「訴訟」とは、裁判によつて特定事件につき實體法を適用することを目的とする法律制度であり、この「訴訟」を如何に營爲すべきかを定めるものが「訴訟法」なのであるから、訴訟法は、制度技術的内容をもつ法規範である。それと同時に現代國家においては、「訴訟」は専ら國家によつて營爲せられるが故に、訴訟法は、實定法としては、國家法として現われている。

實定法は、すべて抽象的法規範をもつてその内容とし、従つて實體法も實定法としては抽象的法規範であるから、具體的事件に對するその適用の過程を必要とする。それは多くの場合、個人間の取引（合意）により行われているが、最終的・有權的な實體法の適用は國家の手に收められる。すなわちその手續が「訴訟」であり、またその方法が「裁判」（判決）である。裁判は、すべて實體法に依據してなされることを理念とし、「裁判」を究極目的とする「訴訟」は、訴訟法によつて營爲せられる。されば、實體法と訴訟法とは、あたかも車の兩輪の如く、實體法は、訴訟法の存在を豫定し、訴訟法は、實體法の定立をその與件とする。

二 ローマ私法の體系（「アクチオ」を核心とする一元的構成）

ローマの私法制度は、一言にしてつくせば、「アクチオ」を核心とする一元的構造をもつということが出来る。現代法制においては、實體法と訴訟法とは、相對立する法體系を構造しているが、かゝる構造は、近代國家において初めて完成せしめられたものである。ローマ法においては、未だこの兩者は分化しない状態にあつて、ローマ法制の核心をなす「アクチオ」actioは、現代的意義における實體法的及び訴訟法的性格をもち、「アクチオ」を廻ぐつて一元的法體系をなしていることが、ローマ法制及びローマ法學の基本的構造なのであつた。

インスチテューションに曰く、「アクチオとは、吾人がまさに得べきところのものを、法廷において請求する權利を

(1) この定義に示されるが如く、「アクチオ」は、現代的意義において、私法上の「請求權」(Anspruch)と訴訟法上の「訴權」(Klagerecht)との二つの機能をもち、従つてこのアクチオを中心として構造せられるローマ法體系においては、實體法と訴訟法とは未だ分解しない状態にあつた。さればアクチオあるところに、はじめて救済あり、アクチオなきところには、裁判上・裁判外を問わず、何等の救済が認められなかつたのである。ガイウスのローマ法解説に、ある人がその所有の葡萄樹を他人に伐採せられたので、その損害の賠償を求める訴を提起したところ、そのアクチオ(訴狀)に葡萄樹と書いてあつたので、大法官は、アクチオの根據である十二銅表法には、樹木を伐採せられた場合の救済についてのアクチオを規定しているが(第八表第一一條)、葡萄樹についてはアクチオの規定がないとして、その訴(アクチオ)を却下した事例が載せられている。⁽²⁾これは、アクチオなきところに、權利の救済なきことを示した一例である。

(1) “actio autem nihil aliud est, quam jus perseguendi iudicio quod sibi debetur.” Inst. Pr. I. de act. (4.6.)

(2) 末松博士、ガイウス羅馬法解説四〇五頁。

このようにローマ法の私法體系が、アクチオなきところに裁判による救済を認めなかつたことは、私法關係については、大幅にその規整を社會的自律に委ね、國家がこれに干渉しなかつたことを示している。結局、國家がその秩序維持のため、社會の自律に委しておけないと認める社會規範をとり上げ、必要な場合におけるその強制實現の途を拓くべく、アクチオの形式においてそれを實定法化し、法規範化したものとみるべきである。すなわちアクチオは、その實體法としての面において、まず社會規範としての機能が先行し、裁判規範としては、社會規範を實現すべき第二次的機能をもつたに過ぎない。⁽³⁾しかして訴訟法は、實體法とそれが裁判規範たることにより機能的連關をもつのであ

るから、アクチオが實體法の面において裁判規範として從屬的機能をもつにすぎなかつたことは、やがてその訴訟法の面が、實體法のそれに從屬し、若くはそれに吸収せられることに結果せざるを得ない。すなわちユスチニアン法典においては、訴訟法規定が體系もなく、各所に分置されている。ローマ法においては、訴訟法が私法的性格のものであるとか、或いは私法に吸収されているとかいわれているのは、この關係をいい現わしたものに外ならない。

(一) アクチオを訴訟法的性格のものと解する立場からは、本文とは反對の見解に到達する。アクチオなきところに、國家的救済の存しなかつた事實により、アクチオを訴訟法的性格と解することは早計である。國家が恣意的にアクチオを制定したのではなく、既存の慣習法をアクチオ化したものとみるならば、本文の如くに結論せざるを得ない。しかし帝政時代に入り、新たに制定せられたアクチオの數が増加し、また、プレートルが裁判權を掌握するに至つたこと等により、部分的並びに一般的にアクチオの訴訟法的性格（その裁判規範としての機能）が漸増したことは、これを認めなければならない。

なお刑法規範については、私法におけると異なり、國家存立の目的のため、原始國家の當時から、著しく裁判規範としての機能が発見されている。刑法規範についての分析と研究は、本稿の範圍外とする。

ローマ法制の下、その私法體系において、社會規範に基盤をもたない裁判規範を國家權力によつて制定し、積極的に國家意志により私法關係を規整するが如きことは、一般になかつたとみられる。このことは、ユーデックスによる裁判が私人による「法の發見」であり一種の仲裁判斷に止まる性格のものであつて、かつその個別内容は、争いあるアクチオの存否を判斷する確認裁判に外ならなかつたことから推定し得る。例えば、方式書訴訟において、ユーデックスは方式書の指示するところにより、「何々について被告は原告に對して責あり」と判決する權限のみが與えられていた。それは内容において確認裁判であり、また、仲裁判斷的性格のものであつた。^(二) しかして判決により確認せられた權利（債權）の實行については、國家がこれに干與せず、債權者の自力執行が行われたのであつて、それは債

權の効力によるものとせられた。ローマ法においては、債權それ自體が社會規範として強制力をもつたのである。

(1) *Iay, R., Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S.17.*

(2) 本文に述べるところは「ユージックスによる民事裁判のことであり、刑事法は、これと異なり、いかなる時代にも裁判規範としての性格が強い。従つて、刑事裁判の性格は、民事裁判とは別個の角度から考察されなければならない。

(3) 債權者の自力執行に對する債務者の實力による反抗は、國權に對する冒瀆として抑壓された。

すべて裁判は、權威を背景とする。しかして國家が成立した後においては、裁判は常に國家權威を背景とし、國內の秩序を維持するという國家の存立目的の下に「訴訟」が營爲せられ、裁判によつて當該事件の紛争を解決せんとする國家意志が、具現せられる。すなわち裁判は、當該事件の紛争解決を意圖する國家意志の宣言である。^(一)これは、時代を問はない裁判の本質であるが、ローマ法制の下では、裁判において具現せられる國家意志は、單に事件に對し有權的判斷を與えるという極めて消極的性情格のものであつた。また、裁判の依據する實體法も、社會規範として既に妥當していたものを「アクチオ」の形式にて實定法化したものが殆んどその全部であつたから、實體法の面においても、國家意志の介入することが、極めて稀薄であつたとみられる。^(二)

(一) 拙著、マルクス主義理論と訴訟法學一四頁以下參照。

(二) この點、近代國家における裁判が積極的な國家意志を内含することと對蹠的である。後に詳述する。

三 中世の訴訟制度

中世の法制はローマ法を主流とし、近代法制に發展すべき基盤が徐ろにそのうちに育成せられてゐる。かゝる觀點において、訴訟制度を中心として中世の法制を検討することは、近代訴訟制度を正しく理解するために極めて必要である。しかし筆者の研究は、ここで詳細に論述するまでに熟していない。

概説すれば、中世から近世にかけ、ローマ法は、イタリアにおいて前期及び後期註釋法學派の手により復活・再現せられ、更にそれはドイツに繼受せられて、ドイツ普通法へと發展した。もとより時代は移りゆく。法の基盤をなす經濟機構の發達は、ローマ法をその儘の姿に復活せしめてはいない。新たな時代の經濟事情に則應して、法規範の内容と構造において、著しい變貌と充實・發展とがもたらされたことは、ここにいうまでもない。しかしそれは、本稿においてとり上げる問題の外におく。

中世は封建制の時代である。身分に拘束せられない商人法が、この時代において徐ろに發達してきたが、全體として、當時の社會は、地域的閉鎖社會であり、すべての私法關係は慣習法によつて支配せられていた。⁽¹⁾ また裁判權は専ら諸侯の手に收められ、その所在が多元的であつて、未だ中央集權が行われていなかった。

(1) その當時の慣習法を成文化したものに、ザクセン・シュピーゲル (Sachsen Spiegel) シュワールベン・シュピーゲル (Schwarzen Spiegel) 等がある。前者については、故金澤理康教授譯、ザクセン・シュピーゲル (ラントレヒト) 正續二編 (早稻田法學別冊第八、九冊) 參照。

かくしてこの當時における民事事件の裁判には、専らその地方の慣習法が適用せられた。従つて慣習法が國家の承認した裁判規範としての機能をもつたことは明かである。しかしそれは慣習法が社會規範であることに從屬した第二次的機能に止まり、「訴訟」(民事訴訟)は、専ら社會規範の強制實現の手續であつたとみられる。さればこの時代にも、なお裁判における國家意志の介入は、ローマ法制におけると同様に、極めて消極的のものであつたといわなければならない。

四 近代國家における裁判權の擴大・強化と法體系の二元化 (實體法と訴訟法の分離)

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

近世期に入り、近代國家の成立と相前後して、前述した關係に推移を生じ、逐次、訴訟制度（實體法をも含めた法體系）に根本的變革がもたらされた。すなわち第十八世紀以降、近代國家は徐ろにその基礎を確立し、中央集權の實を擧げてきた。それを「訴訟」との關連においていうならば、司法權の集中（國家的獨占）、更にその擴大・強化をきたしたと、及び一七九四年のプロシア州法（*Preussische Allge-meines Landrecht*）をその最初のものとし、一八〇四年のフランス民法典、一八一一年のオーストリー民法典等、相ついで西歐の諸國家に、民法その他の諸法典が編纂・施行せられたことが、その主要な現われである。^(一)これ等は畢竟するに、國家權力の市民社會への滲透を意味するものであり、かつそれは近代法制の上に、訴訟法の實體法からの獨立、すなわち實體法と訴訟法とが相關・相補の關係において對立する法體系の二元化と、更にローマ法のアクチオ理論の止揚（その分解）とを招來している。以下に、それを述べるであらう。

(一) 拙著、前掲マルクス主義理論一六頁以下參照。

まず司法權の國家的獨占とその擴大・強化は、國家が「訴訟」における裁判を通して國民の私生活を規整する場面^(二)を擴大した。すなわち近代國家の權力の増大は、それと逆比例の關係において、市民社會がその自律性を稀薄化する傾向と對應する。しかして市民社會がその自律性を喪失した空虚を埋めるため、訴訟においては裁判の効力が強化せられ、殊にその法創定力の擴大を伴うたのである。ローマ法においては、債權者は、債權の効力として自力執行が可能であり、國家は直接それに干與しなかつた。しかし近代國家においては、債權それ自體の効力としての自力執行を否定し、裁判の効力として、債權に執行力を付與する。また、確認の訴、創設の訴が新たな訴の類型として登場したのは、司法權の擴大・強化による裁判の効力（殊に法創定力）の増大に原因する制度的變革である。このことは、既

に他の機會において、訴訟制度の變遷の跡を辿り詳細に述べたところである。(三)

(一) これは、封建制時代の閉鎖的共同社會から利益社會へと轉移し、近代市民社會が成立するに至つた過程における一現象である。何故にかかる現象を生じたかは、本稿とは別個の角度から検討されなければならない。

(二) 裁判は、その原力 (Urkraft) として、法確定力 (Rechtsfeststellende Kraft) と法創定力 (Rechtszeugende Kraft) とをもつ。それは實體法の社會規範として、及び裁判規範としての機能と函數關係にあつて、裁判規範としての機能の擴大は、裁判の法創定力の増大に結果する。その詳細については、拙著、訴と請求並びに既判力 (三〇八頁以下その他) に述べてある。

(三) ローマ法制における民事裁判は、前述の如く仲裁判斷の性格をもち、裁判それ自體の効力としては、法確定力がその全部であつたといふ。しかし近代國家における裁判の効力の強化、すなわち法創定力の増大により (それは、裁判における國家意志の積極化によること、後述の如くである)、訴の類型として、給付の訴の外に、新たに確認の訴及び創設の訴が登場した。その制度的發展、すなわち新たな訴と判決の類型の成立過程の詳細については、拙著、前掲訴と請求並びに既判力に詳細である (八四頁以下)。

このような裁判の効力の強化は、この時代に及んで、裁判における國家意志が積極化したことを示すものである。詳言すれば、裁判による當該事件の紛争解決を意圖する國家意志が、過去におけるが如く、單に社會規範の強制實現を圖るといふ消極的なものに止まらないで、市民の私法生活を國家の意圖するが如くに規整せんとする積極的なフアクターがそれに加われることを示し、かつそれは裁判の依據する實體法の裁判規範としての機能の増大を伴うている。(一) しかして實體法の裁判規範としての機能は、法典の編纂によつて愈々昂められたのであるが、更にそれに先行したドイツにおけるローマ法の繼受も、司法權の統一及びその強化、従つて裁判の効力の強化に役立つたとみななければならない。(二)

(一) 裁判における國家意志については、拙著、前掲マルクス主義理論一五頁以下參照。

(二) 拙著、前掲マルクス主義理論一八頁以下參照。

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

(三) 第十六世紀末にローマ法がドイツに繼受せられたのは、イタリーに復活したローマ法が、一般法としてドイツの裁判所において採用せられたことによる。しかして當時のドイツの社會事情には、ローマ法を一般法として繼受する素地を存したと考えられるが(この點、若干の異論がある)、ローマ法がドイツの裁判所によつて一般法として採用せられたことは、それが社會的基礎をもつ社會規範としてではなく、第一次的には權威を背景とする裁判規範として機能したとみるべきである。社會規範としての機能を發揮するに至つたのは、ゲルマン固有法と融合してドイツ普通法となつてから後のことである。この問題に關しては、三戸壽氏著、近代法成立史序説に收載の「ドイツにおけるローマ法繼受の原因」参照。

近代國家においては、前述の如くその基礎の確立に伴い、裁判權の強化、裁判機關の一元化、法典の編纂というが如くに、漸を逐うて司法權の擴大・強化が實現せられ、「訴訟」は、國家施設としてその内容を充實し、かつその機能を昂めてきた。それが法制の上において、訴訟法を實體法から分離せしめる氣運を醸成したことは、當然の成り行きである。

蓋しローマ法は、ドイツにおいて市民法として繼受せられたのであつて、司法權の擴大・強化は、自ずから裁判權を中心とした訴訟法の發達をもたらさざるを得ない。ドイツ普通法時代は、訴訟法發達の時代ともい得るであらう。この傾向は、ドイツ各州の主權の確立とともに顯著となつてきた。一七八一年のオーストリー普通裁判所法(*Osterreich-Gemeine (Ge-) richtsordnung*)及び一七九三年のプロシヤ普通裁判所法(*preussische allg. G. O.*)などが、獨立な訴訟法典に編纂せられた最も初期のものである。

訴訟法の實體法からの分離は、自ら訴訟法學の臺頭を伴う。しかして初期の頃には、訴訟法學は訴訟手續論がその全部であり、僅かに裁判管轄と訴訟手續の進行過程とを、その學問的領域とするに過ぎなかつた。^(一)しかしその後、パ
ンデクテン法學者により、訴權理論が採りとげられてから、漸次に「訴訟」を學問的對象とする理論體系が組立てら
^(二)

れた。現在においては、實定法の領域における實體法と訴訟法との分離に對應して、法學の分野において、訴訟法學が實體法學の外に別個の學問的體系をもつに至つてゐる。^(三)

(一) 拙著、前掲實體法學と訴訟法學二七頁註一參照。

(二) 初期の訴權學說、ローマ法のアクチオ理論を變形せしめた、いわゆる私法的訴權說であり、更に公法學の發達に伴い、公法的訴權學說がこれに代つた。訴權學說の詳細については、拙著、民事訴訟法原理第一卷二八三頁以下、訴訟法學一〇七頁以下等參照。

(三) 實體法と訴訟法との關係の史的素描については、拙著、前掲實體法學と訴訟法學二四六頁以下參照。なお、實體法と訴訟法との學問的雙關係は、訴訟法學の立場からいへば訴訟觀の問題である（訴訟觀については、拙著訴訟法學一二九頁以下參照）。また法學の全體系からみた場合、従來は、訴訟法を以て實體法の助法であるとし、實體法優位の見解が一般に行われてきた。この見解は、卑見によれば實體法が主として社會規範としての機能するとみる學問的立場にある。従つて裁判の効力が強化せられ、實體法の裁判規範としての機能が増大した現代法制には妥當しない。また、實體法學（抽象的靜態理論）と訴訟法學（具體的動態理論）との學問的方法の上からみて、訴訟法を實體法の上位段階に指定することにより、實體法と訴訟法との對立を認めながら、それを綜合した法學體系の構造が可能であると考え（本稿三一二頁註一參照）。

五 バンデクテン法學におけるアクチオ理論の變貌（アクチオの分解）

前述した如く訴訟法は、既に第十八世紀の後半において獨立の法典として編纂せられたのであるが、訴訟法學が、實體法學（バンデクテン私法學）から全く獨立した體系をもつに至つたのは、公法的訴權學說が提唱せられて以來のことである。私法的訴權學說は、ローマ法のアクチオ理論の變貌であつて、當時、訴訟法が實體法から分離して獨立の體系をもたんとしていた過渡期的法體系の理論であつた。とに角、訴訟法が實體法から分離し、二元的法體系を構造することとなれば、ローマ法の一元的法體系の下に妥當したアクチオ理論を、その儘支持し難いことは自明の理で

ある。アクチオ概念の分解は、實體法學及び訴訟法學の兩陣營から生じた。すなわちアクチオをめぐる有名なウィン
ドシャイド (Windscheid, F.) とムーテル (Muther, Th.) の論争がそれである。ウィンドシャイドは、アクチオに「請
求權」の術語を與え、アクチオを純私法的意義において理解せんとするに對し、ムーテルは、アクチオの本質を「訴
權」であると主張し、これを訴訟法的性格のものとなした。^(一)

- (一) Windscheid, F., Die actio des röm. Civilrechts, 1856.; Derselbe, Die actio, Abwehr gegen Theodor Muther, 1857.
- (二) Muther, D. Th., Zur Lehre von der röm. actio, 1857.

かくしてアクチオの概念は、實體法と訴訟法との兩面に分解し、訴訟法學の分野においては、過渡期的な私法的訴
權學說から、公法的訴權學說へと發展して、實體法學に對立する訴訟法學の體系を完成する方向に赴いた。^(二)これに對
し、訴訟法學の分離した後の私法學(實體法學)は、その學問的方法と構造とにおいて、訴訟法學における私法的訴
權說の段階に停滯した。すなわちドイツ私法學は、前述したウィンドシャイドの學問的立場を發展せしめることによ
り、ローマ法におけるアクチオの機能をことごとく私法學の體系におさめんとした。それは學問的には、なお、ロー
マ私法學の如く一元的構造をもち、自らの法體系の自足性を主張するものに外ならない。

- (一) 訴權學說の内容及びその發展過程については、拙著、民事訴訟法原理第一卷二三八頁以下。及び訴訟法學一〇七頁以下に詳
細である。

六 現代の法學體系における實體法學と訴訟法學の對立

訴訟法學は、ドイツ普通法末期のパンデクテン法學において、前述の如き経緯によつて實體法學から分離し、現代
法學に引繼がれた。しかして、現代法學の下、實體法學及び訴訟法學のいずれも、躍進的發展を遂げたのであるが、

この兩者の間に充分な學問的連けいが見出されないで現在に及んでいる。しかしこれは正しき學問の姿ではない。實體法學も訴訟法學も、ともに綜合せられた法學の體系の部分構造として、その間に合理的にしてかつ調和せられた學問的連關が必要であり、また、それぞれのうちに、かゝる連關を可能ならしめる理論體系をもつことが、當然の學問的要請でなければならない。

訴訟法學は、私法的訴權説の時代には、訴權をもつて私法的性格のものとなすことにより、實體法學との學問的連けいをもつた。しかし訴權學説が公法的訴權説に發展し、殊に司法行爲請求權説の如く、訴權をもつて純然たる訴訟法的性格のものと解するに及んで、訴訟法學は、實體法學と學問的連けいを斷つに至つた。^(一)筆者のいわゆる訴訟法的一元觀の學説がそれであり、今日まであらゆる機會に、この訴訟觀の學説の缺陷を指摘してきた。

(一) 拙著、前掲訴と請求五三頁以下參照。

(二) わが國の訴訟法學者の大部分が、自ら意識せると否とを問はず、大體においてこの訴訟觀に立脚している。拙著、前掲訴訟法學一三五頁以下參照。

「訴訟」は、訴訟法によつて營爲せられる。筆者は、「訴訟」を離れて訴訟法の理論なるものは存しないとの觀點に立つ。^(二)しかし「訴訟」は訴訟法によりて營爲せられると同時に、「訴訟」において實體法が當該具體的事件に適用せられるのであるから「訴訟」は、實體法・訴訟法の綜合の「場」である、訴訟法學が、「訴訟」をその學問的對象とする限り、訴訟法學の理論として、實體法との接觸面において實體法の理論が當然とり入れられなければならない。筆者は、かゝる觀點（訴訟觀）に立ち、すべて訴訟法學上の諸問題についてその理論を構造し、自らこれを名稱して實體法・訴訟法對立二元觀といふ。^(三)

(一) 訴訟法學の學問的對象を訴訟法に局限して、訴訟法の適用せられる「場」である「訴訟」に對する考察を缺くならば、その理論は具體性を缺く抽象的靜態理論(實體法學の方法が、かゝるものである)から一步も踏み出ることができない。訴訟法的一元觀の學説が、かゝるものである。訴訟法學は、「訴訟」をもつてその學問的對象としなければ、訴の提起から確定に至るまでの訴訟手續の具體的、動態的な理論考察は不可能である。

(二) 拙著、前掲訴と請求七八頁以下。

以上述べた訴訟法學の學問方法論的缺陷は、私法學(實體法學)にも存する。否、訴訟法學が、パンデクテン私法學にはじまる私法學の學問方法論的缺陷を受け繼いだため、實體法學との學問的連けいをしや斷して、訴訟法學の自足體系を主張する訴訟法的一元觀に到達したといふことができる。

近代國家の確立と近代市民社會の複雑化は、法體系を多元的ならしめた。すなわち第十九世紀における法治國家機構の確立は、公法學の體系を完成し、廣義における公法に屬するとみられるべき訴訟法が、近代國家における司法權の擴大・強化に伴い、私法に對する從屬性を清算して、獨立な法體系を構造するに至つたことは、前述の如くである。また、第四階級の擡頭によつて、階級對立を前提とする各種社會法の出現をみた。私法の一部とされている商法さへも、近代資本主義機構の發達に即應すべく、公法的色彩を加味した商的企業法として獨自の體系を整えつゝある。

しかるにも拘らず私法學(實體法學)は、民法を一般法とし、その他を特別法とすることにより、民法を中心とする一元的私法體系を構想する。すなわち商法は、これを民法に對する特別法として民法の傘下に收め、なお、異別の法體系に屬する公法及び社會法をも、私法面に關する限り、私法特別法とする解釋理論が行われている。^(一)また、訴訟法に對しては、「助法」という術語に示されるが如く、理論上、私法に對する從屬的地位を認めるに過ぎない。^(二)このような私法學の、民法をその一般法とする一元的構造は、他の獨立した法體系との間に、私法體系を中心とした學問

的連關を認めるに止まり、より高次の段階からこそ認せられうる総合的な學問的連關をもちえないでいる。要するに私法學は、法體系の多元化せる現在において、なお、ローマ法的な一元的・自足的法體系の理論に膠著しているといえよう。そこに現代私法學の根本的缺陷がひそんでいる。

(一) 公法違反行為につき、公法上の強行法規を取締規定と効力規定に分ち、効力規定は、その違反行為を私法上無効ならしめるというのが通説である。この理論は、公法規定をもつて直ちに私法特別規定とみるものに外ならない。勞働組合法その他の社會法についても、一部の社會法學者を除いて、同様な考え方が一般に行われている。

(二) 民法學者は、「訴」と「裁判上の請求」とを同義異語としているが、それは訴（裁判所に對する判決の申立）をもつて、請求の實行手段とみる私法中心の考え方である。また、民法第四二四條は債務者の詐害行為につき「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定し、取消權の主體が裁判所であることを法文上明白にしているにも拘らず、民法學者は、これを債權者のもつ取消權と解し、訴をもつて、「取消權行使の方法」に過ぎないと解する（例、勝本博士、債權總論中卷三二九〇頁）。訴による婚姻の取消（民七四四條、舊七八〇條）についても、同様に解するのが民法學者間の通説である。

實體法學も訴訟法學も、ともに綜合せられた法學の體系における部分構造として、その間に合理的にして、かつ調和せられた學問的連關が要請せられることは、前述したところである。そのためには、實體法學と訴訟法學とは、ともに兩者が相關・相補の關係にあることを豫定して、その理論體系を構想しなければならない。かゝる觀點の下に、筆者は、訴訟法學の分野において實體法・訴訟法對立二元觀の學說を提唱した。本稿においては、從來の私法學（實體法學）がその自足體系によつて、訴訟法理に無關心であつたことにより、その理論にいかなる缺陷があり、また、いかに枉曲せられ、若くは理論の不當擴大が行われていたかを指摘するであらう。しかして更に實體法學が訴訟法理と連けいすることにより、綜合的にして自己矛盾のない理論が構想せられうることを論證せんとするものである。^(一)

(一) 以上は、實體法學及び訴訟法學が、ともに相關・相補の關係にあることを豫定した、それぞれの學問體系の内部における理論構造の問題である。次に來るものは實體法學と訴訟法學との學問的連關の問題であつて、筆者は、それを連けいせしめるものが裁判理論であり、實體法論、訴訟法論、裁判論の階層構造によつて、法學の全體系が構成せられるという構想をもつ。その詳細は、本稿に續いて執筆の豫定であるが、その素描は最近の拙稿、「法學と自然科學との方法論的連關」(法律タイムズ第四卷七號)及び「實體法學と訴訟法學との相補關係について」(早大法學部學友會誌一號)に示してある。

第二 實體法學の學問的方法についての批判

私法學(實體法學)は、現段階において、なお、ローマ法を受け繼いだパンデクテン法學の一元的な自足體系をもつてゐることは、前段に述べたが如くである。訴訟法學は、私法的訴權學說によつて私法學(實體法學)から分離し、更に公法的訴權學說を發展せしめることにより、私法體系に對立する訴訟法體系の理論を完成せしめた。しかし私法學は、私法的訴權學說當時の理論體系に停滯し、現在、獨立の法體系を構造してゐる訴訟法の理論に無關心であり、かつそれを無視するが如き學問的態度にある。そのために私法の理論に缺陷があり、枉曲があり、また、學問の權利範圍の不當擴大がある。以下に、それぞれ項に分ち、その原因に遡つて檢討するであらう。

その一 現代私法學は、實體法の裁判規範の面を捨象して、社會規範(市民社會法)の理論であることが、その全部である。

(二) 實體法は、近代國家の構造のもとにおいて、それが社會規範であり、同時に裁判規範であることの二面の機能をもつ。すなわち實體法は「社會規範」たる面において、社會基盤と關連し、そこに法社會學の存在の「場」が見出され

る。また、他面に實體法が「裁判規範」たる機能をもつところに、實體法と裁判、従つて訴訟法との間の學問的連關を解明すべき契機が存する。しかして裁判は、國家權威を背景とし、事件の紛争解決を意圖する國家意志の宣言であり、従つて實體法學は、裁判理論を媒介として國家學との間にも學問的連關をもつことができる。

(一) 本稿前段 三〇五頁の外、拙著、前掲訴と請求三〇九頁、拙著、民法總則上卷三頁等參照。

(二) 本稿前段 三〇二頁參照。

しかし現代の私法學は、實體法の裁判規範としての機能を正しくその理論にとり入れていない。裁判をもつて、社會規範たる實體法を當該事件に適用し、これを具體的内容をもつ個別規範化（具體化）する手段とししか評價していない。その故に、訴訟法に對する關係においては、訴訟法を助法とみる私法中心の理論をたて、現在、訴訟法が私法から獨立した法體系を構造している現實を無視し、また、裁判が紛争解決を意圖する國家意志の宣言であることを理解しないがために、私法學は裁判における國家（裁判所）の主體性を認識するに至っていない。それ等に原因して、現在の私法學の解釋理論には、司法權の擴大・強化した近代國家における法理論として妥當しないローマ法的なアクチオ理論が残存している。この點、後述するであらう。

尤も私法學者のうちには、近代社會における、國家權力の私法生活への滲透を認めて、しばしば裁判規範の効力をその理論のうちにとり入れている。例えば川島教授或は山中教授の如きである。^(一)着眼は正しいが、遺憾ながら個別決定的な處論であつて、綜合・統一せられた理論にまで至つていない。蓋し實體法學は、専ら私法の市民社會法としての面を學問的對象とするローマ法的一元構造をもち、その裁判規範としての面を體系的にとり入れ難い學問構造である。そのため學者の意圖するところ如何に拘らず、私法學には、裁判の機能、従つて國家權力の私法法律關係への滲

透現象を體系的にその理論に織込むことができない學問構造上の缺陷あるによる。

(二) 川島教授は、アクチオが請求權と訴權とに分解したことに氣付かれている(同教授、所有權法の理論二六頁)。しかしその説明が徹底していないので、同教授が私法(實體體法)と訴訟法との關係をいかに措定せられてゐるかは、結局、教授の所説の全體から推定するの外はない。概約すれば法社會學者たる同教授は、私法中心の一元的構造の下に、私法の社會規範の面をとり上げ、「訴訟」に關連する事項に限り、裁判規範の面を個別決定的にその理論に織り込んでゐるとみられる。山中教授の所説も、大體そのようなものと理解することができる。なお、拙著、前掲マルクス主義理論六頁註參照。

その二 現代私法學は、アクチオの理論を私法的性格の「請求權」の概念によつて承繼し、その訴訟的性格を捨象してゐる。

ローマ法のアクチオは、現代の法律制度からみれば、實體法上の「請求權」の機能と訴訟法上の「訴權」の機能とをともに内含してゐた。しかるにウィンドシャイドは、前述した如くこのアクチオに「請求權」(Anspruch)の術語をあてはめ、純然たる私法的性格のものと理解した。それは、アクチオの訴權の面を請求權に吸収するものであり、結果的にみて、訴權に伴う訴訟的フアクターを捨象し、すべてを私法理論の構造のうちにとり入れんとするものである。これに對するムーテルの駁論には正しいものがある。^(一)

(二) 本稿 三〇八頁註二參照。

現代の私法理論は、ウィンドシャイドのこの構想を發展せしめたものといふことができる。それは、訴訟法が實體法から獨立した法體系となつてゐる現代法制の下で、訴訟法の分野に屬する事象にまで私法理論を擴大することに歸し、學問の權利範圍の不當擴大といわなければならない。そこに私法學(實體法學)の學問方法論上の缺陷があり、

訴訟に關連する問題について、私法理論に無理を生ずると同時に、實體法學と訴訟法理論との間に學問的連けいを缺く因ともなつてゐる。その二・三の例を述べるであらう。

一 非債辨濟及び不法原因給付について

いわゆる非債辨濟及び不法原因給付について、民法は一定條件の下に「返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」と規定してゐる（^(一)民七〇五條乃至七〇八條）。この規定の解釋につき、民法學者の處論には曖昧なものを存するが、要するに受領者に返還義務なく、辨濟者（給付者）に返還請求權が存しないということに歸する。^(二)しかしこれ等の場合、その受領者に法律上の原因なき利得（すなわち不當利得）の存することは争ひ難き事實であつて、^(三)しかもその返還請求權（受領者の返還義務）を否定することは、結局において、受領者の事實上の不當利得を法律上の不當利得として認めないということではなければならぬ。果して然らば、受領者が自發的にその事實上の不當利得を返還した場合には、その返還を受けたかつての辨濟者（給付者）は不當利得をしたこととなり、再びその利得の返還の問題を生ずるであらう。かくして問題は、不當利得の無限連鎖（endless chain）に陥らざるを得ない。しかしそれは背理であり、現實の妥當性を缺く。

（一）ドイツ民法第八一七條にも、不法原因給付につき「返還ノ請求ハ之ヲ許サズ」（Die Rückforderung ist ausgeschlossen）と規定してゐる。

（二）多くの民法著書には、條文にある如く「返還の請求をなし得ない」というのみであり、判例も概して同様である。民法の理論として、「請求し得ない」ことは、請求權の不存在でなければならぬ。なお、返還請求權の不存在（沼氏債權各論下、三一頁）若しくはその喪失（新法學全書收載、我妻教授、事務管理・不當利得・不法行為七一頁）と明言し、また、反對の立場から

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

これ等の條文が受領者に「返還義務の發生を認めない」(勝本博士、債權法概論各論二六一頁)趣旨と述べている著書もある。
 (三) これ等の條文が不當利得の章におかれ、民法著書も、これ等を特殊の不當利得に關する規定として説明している。

民法學者は、この問題につき、満足すべき一般的な解釋理論を與えていない。不法原因給付については、「本來、不法原因の受益者は、受益を返還すべきものである」とか、また、「給付者は、裁判上、返還を請求し得ない」などといひ、受益者に一種の自然債務の存在を認めて、不法原因による受益を給付者が回復した場合に、再度の不當利得の生じない理由としている所説が見出される。^(一)しかし給付者に返還請求權を認めないで、その相手方である受益者に返還の自然債務の發生を認めることは矛盾でなければならない。また、給付者が裁判上請求し得ないことは、裁判外の請求を妨げないのか、その邊も曖昧である。

(一) 谷口博士、不法原因給付の研究一一九、一七〇頁。我妻教授、債權總論四九頁。戒能博士、債權各論四一四頁。なお、戒能博士は、狹義の非債辨濟(民七〇五條)につき、「辨濟受領者が任意的に返還することを否定するのでない」と述べている。但しその理由は示されていない。

元來、非債辨濟及び不法原因給付につき、その辨濟者(給付者)に對し辨濟(給付)の目的物の返還請求權を否定しながら、しかもそれを回復した場合につき、再度の不當利得を生じないとする場合には、克服し難い理論上のギャップがある。卑見によれば、民法學者が、私法理論のみによつて非債辨濟及び不法原因給付の問題を解決せんとし、辨濟者(給付者)の返還請求權(私法上の)を否定したことに、根本の誤りがある。

まず不法原因給付についていう。何をもつて不法原因による給付とみるかは、法制によつて異なるも、不法の原因は、法律がこれを否定するのであるから、不法の原因による給付の取戻しを法律上是認しない、というのが根本思想であり、それは國家法としてのその取戻しの否定に外ならない。英法における「何人も自己の非行を理由として法の

保護を訴求し得ない」というクリーン・ハンズの原則が、よくその趣旨を示している。しかし不法原因による給付の返還を求むべく國家の救済を仰ぎえないということは、訴權の否定に外ならない。國家の干與しない場面（すなわち「裁判外」）において受領者が自發的に返還して、その不當利得關係を解消することは、敢えて法律の禁ずるところではない。現代の市民社會は、その程度の自律性をもつて然るべきであろう。訴權に裏付けられない私法上の請求權（一種の自然債務）とは、正しくかゝるものである。これを要するに、不法原因によつて給付したものの返還を求めないとするこの重點は、訴權の否定にあるとみるのが妥當である。

前述したところは、非債辨濟については、更によく妥當する。非債辨濟には、不法原因による給付の場合と異なり、辨濟者に非行と稱すべきものがない。ただ、債權者保護のため、一定條件の下にその返還請求を認めないのであるから、訴權の否定をもつて、充分、その目的を達している。

わが民法の不當利得法は、ドイツ民法草案を介してドイツ普通法の不當利得訴權（condictio）に遡る。前述した如く、當時のアクチオ理論（もとより、それはコンディクチオにも妥當する）においては、現在いふところの訴權と請求權とが一體をなし、分歧していなかつた。従つて訴權の否定は、同時に請求權（更に權利それ自體）の不存在を意味した。しかし私法的訴權説の時代を経て、アクチオが請求權と訴權とに分解せられたことは、これまた既に述べたが如くである。さればその系統をひくわが民法の解釋としては、非債辨濟の場合はもとより、不法原因による給付の場合にも、まずその訴權が剝奪せられたとみるのが至當である。すなわち受領者に不當利得は存するが、辨濟者（給付者）にその返還請求の訴權なきが故に、受領者は一種の自然債務を負うに止まる。また、辨濟者（給付者）には私法上、不當利得債權、従つて返還請求權を存するが、訴權によつて裏付けられないが故に、強制の手續が缺けること

となる。

非債辨濟及び不法原因給付の法律關係を、以上述べるが如く、實體法理と訴訟法理との綜合において理解する場合、そのすべての面において合理的にして、矛盾なき理論の構造が可能である。しかるに私法學の趨勢は、私法的訴權學說の段階に停滯して、アクチオすなわち請求權と理解し、訴權をもつて請求權に吸収若しくは附隨するものとみていることは、既に述べた。^(二)民法の規定が訴權としないで「返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」という體裁にて規定したのも、この考え方による。しかして民法學者が、條文にある「請求」の術語に捉われて、元來訴權の否定であつたものを、請求權否定の理論にまで推しひろげたところに、理論の無理がある。^(三)訴權理論との關連において、私法理論に再檢討を必要とする一つの場面である。

(一) 本稿 三〇八頁以下參照。

(二) 訴權は、請求權に吸収せられ、若くは當然それに附隨するという考え方から、民法學者の間には、訴權なき債務關係(自然債務)を否定する見解がかつては壓倒的であつた。それは、國家が法の強制實現を全面的に擔保するという絶對的法治國家の理念にも即應する。非債辨濟及び不法原因給付につき、訴權の不存在から返還請求權の否定にその結論を到達せしめたのも、この系列に屬する考察態度である。我妻教授は、非債辨濟及び不法原因給付につき、辨濟者(給付者)に返還請求權を否定する點において、自然債務否定の線に沿いながら、他方、自然債務の存在を肯定して、受領者の任意的返還により再度の不當利得を生じないという結論に到達している(本稿三一五頁註二及び三一六頁註一參照)。このように立論の出發點に交錯のあることは、民法學者が訴權論についての研究不足を示すものに外ならない。

(三) もつとも不法原因給付の場合は、單に訴權の否定のみならず、私法上返還の請求權をも否定することが、民法九〇條に對比して好ましいとの考え方には理由がある。しかし私法上、請求權の存在を否定しないでも、訴權に裏付けられない請求權には、國家がこれに干渉しないのであつて、一種の放任的な市民社會法上の法律關係に過ぎないものとなる。されば不法原因給付に對

する國家の否定的意思は、その返還請求權に訴權を與えないこと（自然債務とすること）によつて充分示されている。強いてこの場合、返還請求權の存在を否定するには、特別の規定が必要であらう。

二 時効の効力の發生について

わが民法は、取得時効及び消滅時効ともに、時効期間の経過によつて時効が完成し、當然かつ絶對的に權利の取得若しくは消滅の効力を生ずるとしている。取得時効に關する民法一六二條以下、及び消滅時効に關する同一六七條以下の規定がそれである。しかるに他方、民法に、「時効ハ當事者ガ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス」(民一四)との規定あるため、時効の効力の發生とその援用との關係につき、異説を生じている。通説は、當事者の時効援用を停止條件として時効の完成による効力（權利の取得・消滅）が生ずるという。しかし反對に時効の完成により、直ちにその効力を生ずるが、當事者により援用せられないことを解除條件とし、不援用の場合には、既に生じた時効完成の効力が遡及して消滅すると説く者もある^(一)。いずれにせよ、條件の成就によつて、時効完成の効力が左右せられるとすること自體が、あまりにも技巧的・觀念的な解釋理論である。かつそれは、法律上の効力の發生・消滅が絶對的であるべきことを本來の建前とする私法の一般理論にも反する。要するに窮餘の解釋理論と云外はない。

(一) 例、鳩山博士、日本民法總論五八三頁。

ドイツ普通法の下、時効の効力についていわゆる強効力説 (starke Wirkungstheorie) と弱効力説 (schwache Wirkungstheorie) とが對立した。強効力説は、消滅時効が完成すれば債權が消滅するといひ、弱効力説は、時効が完成

しても、債務を消滅せしめないが、債務者に債務辨濟拒絶の抗辯權が発生すると説く。この兩者は、私法理論としては相容れない對立した學說であつて、しかもわが民法は、この双方の學說に従つた規定を對置している。前述した條件附權利發生・消滅論は、私法理論によつて、この矛盾對立する規定の間に調和を見出さんとする無理な議論である。

現在、私法（實體法）と訴訟法とは異別の法體系を構造している。この二元的法體系の下に前記の學說を吟味する場合、強効力説は、時効の私法的効力説であり、弱効力説は、その訴訟法的効力説である。すなわち民法第一四五條は、後者の理論に従つた訴訟法規定であつて、實體規定ではない。しかしそれだからとて、時効による權利の得喪は絶對的に發生し、民法一四五條は裁判の内容を制限するに止まると簡單にいい切れえない。^(二)それだけでは實體法理と訴訟法理との連關が斷たれ、民法の世界にしか通用しない民法理論獨善論に歸する。^(三)

(一) 例、石田文次郎氏、現行民法總論四九二頁。判例も、消滅時効の完成により、債權は當然かつ絶對に消滅するとしている（昭和一一・三・二九、大民三判決、民集一八卷三八〇頁等）。

(二) いかにも民事訴訟において辯論主義がとられているといえ、法律上、不成立若しくは不存在の明白な權利の存在を肯定し得ない。判例の如く、消滅時効の完成により「債權が當然かつ絶對的に消滅する」ものならば、訴訟理論として、當事者の援用の有無に拘らず、裁判所は當該債權の不存在（消滅による）を認定しなければならない。時効の効力の發生（この場合には債權の消滅）が當事者の援用に關連することの理論が必要である。拙稿、判例批評（民商法雜誌一〇卷四號一一六頁以下）參照。

以上、この問題に關する民法學者の理論も、また、訴訟理論を無視し、それとの關連を拒んで、實體法理論によりて、すべてを解決せんとする誤りを犯している。實體法は、抽象規範であり、それによつて直ちに當事者間の實體關係を確定しない。「訴訟」における「裁判」によつて、初めて抽象規範たる實體法が具體的事件に適用（具體化）せられ、その實効性をもつ。^(二)されば民法に時効の完成による効力の發生が絶對的であると規定してあつても、それに

より實體法學者のいうが如く（判例も同様である）、例えばある債権が、時効期間の経過によつて當然かつ絶對的に消滅するものではない。それには抽象規範を具體化し、當該事件に妥當せしめる過程が必要である。しかしてその過程が訴訟であり、また、裁判なのである。

（一）「訴訟」とならない日常事件においても、當事者のいわゆる「自己裁判」の過程を経て抽象規範が具體化せられ、當該事件に妥當し、實効性をもつ。「裁判」と異なるところは、裁判が國家意志による法の適用（具體化）なるに對し、この場合は、當事者の自律的意思によるその具體化であることのみである。

しかし時効の援用に關する民法第一四五條は、辯論主義に立脚する訴訟法規定である。この規定があるが故に、當事者が時効を援用しなければ、裁判所は當該事件に時効の規定を適用し、時効による權利の發生・消滅を認定することができない。しかしそれは、時効期間を経過した債権についていうならば、既に民法第一六七條により消滅した債権であるが、當事者による時効の援用がないから、それを消滅しないと認定するのではない。當事者の時効援用によつて、初めて債権は消滅するのであつて、援用しない場合には、時効の規定が當該事件に適用せられないから、未だその債権は消滅してないのである。すなわち時効による權利の發生・消滅は、當事者の援用にかゝる。

（二）民法の時効の完成による効力規定は、同第一四五條の援用規定があるが故に、當事者の意思（援用）によつてその事件に適用せられる一種の任意規定である。

一般に任意法とは、強行法と異なり、當事者の意思によつてその適用を排除し得る場合を指稱している。任意法をかかると理解することは、抽象法がその儘、當然に具體的事件に妥當するとの考え方に立脚するものであり、法の適用過程を捨象した實體法理である。この場合における當事者の意思の介入は、法の適用過程の前段階に存するのであつて、理論上にも、實際上にも法の適用過程において當事者の意思の介入することが認められて然るべきである。すなわち抽象法が當事者の意思によつて、初めて特定事件に妥當（適用）せしめられるとする場合がそれであつて、この段階において當事者の意思の介入を許す法規

範も、また一種の任意法でなければならぬ。時効の効力規定は、かかる種類の任意法と解することにより、實體法理と訴訟法理との合理的にして矛盾なき相關・相補の關係が見出されう。

裁判所は、當事者の時効援用によつて、當該事件につき時効完成の効力規定を適用する。時効の援用は、訴訟における當事者の辯論であり、訴訟行爲である。もつとも當事者の援用によつて、初めて當該事件に時効完成の効力規定が適用せられるのであるから、その意味において、時効の援用をもつて、時効による權利の發生・消滅についての「條件」とみることは誤りではない。ただ、法體系全體の理論構造の上に、大した意味のない見方である。しかもそれは、民法學者のいうが如き「條件」でないことは明かである。すなわち民法學者は、「援用」をもつて私法體系内の「條件」とみるのであるが、もしそれが條件であるとすれば、前述の如く訴訟體系に屬する「條件」である。それを私法體系内の條件とみるが故に、元來、「當然かつ絶對的」であるべき時効完成の効力の停止條件附發生とか、解除條件附消滅というが如き、一般の法理に背反する奇妙な論理に陥つてゐるのである。^(一)

(一) 法律上の効力の發生は絶對的でなければならぬ。無効行爲の追認による有効化ということは、私法理論の認めないところである。

要するに私法理論は、この場合にも、「訴訟」の領域にわたる問題を私法理論によつてのみ解決せんとする學問の權利範圍の不當擴大を敢えてし、また、訴訟法理との連關を拒んで、民法の世界にしか通用しない議論を立ててゐる。^(二)

(二) 實體法は、その具體化の過程を経て初めて社會地盤と連けいする。しかし實體法具體化の法律制度が「訴訟」であり「裁判」なのであるから、訴訟法理を無視し、それとの關連を拒否する實體法の理論は、社會地盤と遊離した觀念論に墮さざるを得ない。時効の効力の條件附發生・消滅論など、その典型的なものである。

三 物權行爲の有因性・無因性について

わが民法の解釋として、物權の變動を目的とする法律行為が、その原因となる債權行為から切離されて別個に存在するとみるか否か（いわゆる物權行為の獨自性の問題）、また、それが別個のものとして、原因たる債權行為の無効・取消・解除が當然、物權行為の無効をもたらすか否か（物權行為の有因性・無因性の問題）については、民法學者の間で議論が入りみだれている。いずれも肯定せらるべき一面の理由をもつが、他説を克服するに足りない。何故に、この問題につき、民法學者の間に、歸一するところなき議論の錯綜をきたしているのであろうか。

惟うに、理論として債權行為に對する物權行為の獨自的存在を認むべきか否かは、わが民法典の構造體系の問題であり、また、いわゆる物權行為の有因・無因は、裁判における具體的な事實認定のための問題である。しかるに民法學者は、これ等を一括してすべて物權的意思表示を規定する民法第一七六條を廻ぐる解釋問題として取扱つている。そこに議論の交錯の原因がひそむ。すなわちこの問題に關する民法學者の問題提起の方法、若しくは問題處理の學問的態度に妥當ならざるものがあるためである。

まず、いわゆる物權行為の獨自性若くは獨立性の問題について考えてみる。民法第一七六條が「物權ノ設定及ヒ移轉」の要件として規定する「意思表示」とは、物權的意思表示でなければならぬか、或いは債權的意表示を指すものかが、問題となる。ドイツ法主義により物權行為と債權行為を區別する立場からは、もとより同條にいう「意思表示」は物權的意思表示でなければならない。これに對しフランス法主義に従う者は、同條にいう意思表示は債權的意思表示であり、賣買その他の債權契約が成立すれば、その効力として、同條により所有權移轉その他の物權の變動を生ずるとする。^(一)その論據は、本條^(二)（一七六條）がその系譜において、フランス法系のわが舊民法財産編第二九六條及び第三三二條に遡るといふことであり、また、同條がフランス法主義に従い意思主義による規定であつて、登記及

び引渡を單に對抗要件とするに止まり(民一七七條)、ドイツ民法における物權行爲の如く(ドイツ民九二五條)、形式主義によつて、これ等がその成立要件とせられていないことなどが擧げられている。かくしてわが民法では、物權の變動を生ぜしめるについて、債權行爲の場合と同じく何等の形式を要しないのであるから、物權行爲と債權行爲とを區別することが無用な概念構成であるといふ。

(一) フランス民法七一一條に「財産ノ所有權ハ相續ニヨリ、生前贈與若クハ遺贈ニヨリ、又ハ債務ノ効果ニヨリテ (par l'effet des obligations) 取得セラレ、又ハ移轉ス」とある。同條にある「par l'effet des obligations」が、物權の變動を「債權」それ自體の効力に歸せしめるのか、或は「債權行爲」の効力としているのか、解釋上の争いが存するようである(末弘博士、物權法上卷六八頁)。フランス民法英譯文には「by a contract」^(三)とある。Blackwood, W., French Civil Code, § 711.

(二) 民法修正案理由書第一七六條(理由)。なお、磯谷幸次郎氏、所有權の移轉に關する物權契約説を検討す(法曹會雜誌一二卷一一號九頁以下)参照。

(三) 我妻教授、物權法(民法講義Ⅱ)五六頁。

筆者をもつていわければ、わが民法の下、物權行爲の獨自性を認めるか否かは、民法第一七六條の成立の沿革若くはその解釋だけで解決せられべき問題ではない。また、物權行爲を認めても、ドイツ法の如く形式主義をとつていないから、事實上において債權行爲と區別し難いということ、或いは日常の取引において多くの場合、所有權が賣買契約と同時に移轉するという事實なども、それだけで、物權行爲と債權行爲との區別を抹消する理由とするには不足である。つまるところ、この問題を決定するもの、わが民法の構成體系でなければならぬ。前述の諸事由は、わが民法の全構成體系の下に、物權行爲と債權行爲との双關々係をいかに措定すべきか、その斷定のための部分資料に止まる。

(一) 磯谷氏は、前掲論文において、一般に行われている土地賣渡證書を引用し、その表題に「賣渡」とあり、またその記載文言からみても、賣買契約によつて土地の所有權移轉を約するのであつて、單に賣主が土地引渡の債務を負擔するに止まるものと断定している(法曹會雜誌一二卷一二號一二頁以下)。これに對し、末川博士は、同一證書を引用して、反對の結論(所有權の移轉には、證書の取かわし以外に、別個の行爲——證書面に表わされているような行爲——が必要である)に到達している(同博士、民法上の諸問題に收載の「特定物の賣買における所有權移轉の時期」三八頁以下)。

以上の事實は、物權行爲と債權行爲との關係が、一般の取引がどうかであるかということだけを資料としたのでは、到底、決定し難い問題であることを如實に示している。

フランス民法典は、いわゆるローマ法式編纂法に従い、規定の對象によつて編別し、物權と債權との間に體系的な一線を劃して(一)ない。従つてフランス民法の下においては、「債權の効力」(若しくは「債權行爲の効力」)によつて物權の變動を生ぜしめることは、法體系の構造に牴觸することなく是認しうる。これに對し、わが民法典は、ドイツ民法に倣いパンデクテン式編纂法を採用し、その規定する「權利の内容とその性格」に従い、論理的に區分して體系を整え、別に通則をおく。かかる編纂方針の下に、財産編が物權編と債權編とに二大別され、物權と債權とを異質の權利としてこれを對置する體系となつている。この體系の下、物權と債權とは、それぞれ別個の發生原因をもつことを理論の上から要請せられる。法律行爲理論としても、物權の變動を目的とする(物權的)意思表示と、債權の發生を目的とする(債權的)意思表示とは、その効果意思を異にし、理論上、別個の意思表示でなければならぬ。

(一) 拙著、民法總則上卷一二頁参照。

以上述べるが如く、物權行爲と債權行爲の對立は、パンデクテン・システムによるわが民法の體系的要請である。^(二)しかし他方、わが民法はフランス民法に倣い、物權の變動を目的とする法律行爲(物權行爲)につき意思主義を採用し

ている。従つて、實際問題として物權行爲と債權行爲との間に明瞭な一線が劃されてゐない。しかしそれなるが故に、物權行爲の獨自性を否定し、債權行爲の効力として物權の變動を生ずるとすることは、わが民法の體系的要請を無視する結果、現實に則しない解釋理論に陥り、また、解釋論理の過程に曖昧と矛盾をきたすこととなる。^(二)このことは、この論者の解釋理論を検討すれば、自から明かである。要するにわが民法の下に物權行爲の獨自性若しくは獨立性を認めない所論には、物權行爲と債權行爲の對立を認めるか認めないかが、わが民法體系をいかに指定するか體系構造の問題であることの認識が缺けている。その結果として、この問題を、民法第一七六條を廻ぐる解釋問題として取扱つてゐること、更にその解釋につき同條の沿革と構造とに捉われて、パンデクテン・システムの下に、それと體系構造を異にするフランス主義の解釋理論をもち込んだところに、根本的な學問的態度の誤謬がある。議論紛糾の端が、ここに發している。

(一) かくいえたとて、一個の行爲(社會的事實としての)により、同時に物權行爲と債權行爲とが成立することを理論上に拒むものではない。この點、物權行爲の獨自性を認めない我妻教授の見解も、同説に歸するようである(同教授、物權法五六頁)。それは一個の行爲(例、和解)が、一面において裁判上の和解(訴訟行爲)であり、他面において私法上の和解(法律行爲)であり得ることと同じである。その理論構成については他の機會で詳説したが故に、ここには省略する。拙著、前掲訴と請求二一〇頁以下(特に二二〇頁)を参照されたい。要するに社會的事實として一個の行爲とみられべき賣買契約がなされた場合、その契約内容が、民法第五五條の要件を充足することにより、債權法の面において債權契約が成立し、民法第一七六條の要件を充足することにより、物權法の面において物權契約が成立する。この場合、物權契約と債權契約との二個の契約が併存するのではない。經驗的事實としては一個の行爲であり、異別の法體系である物權法及び債權法の面から、それぞれ物權契約として、また、債權契約としての成立が理論上認識されるというのである。

以上の如く理解する場合、經驗的に一個の行爲から、物權行爲と債權行爲とが、理論上、成立するのであるから、兩行爲は全

く無關係のものではなく、従つてその間にいわゆる有因・無因の問題を生じ得る（後述）。柚木博士が物權的意思表示と債權的意思表示とは、その効果意思の内容を異にするが故に、兩者が同時に一個の意思表示の内容たることを得ないといわれたのは、卑見と一致する（同博士、判例物權法總論五四頁）。しかしそれなるが故に、「一個の行爲より物權の効果と債權の効果との發生すること不可能なり」と論定せられていることには、無條件に賛成することはできない（同書六四頁）。

物權行爲と債權行爲とは、理論上異別に成立すべき行爲であるが、それが社會的事實として一個の行爲にてなされる場合のあることは前述した如くである。

(二) 例えは我妻教授は、物權行爲の獨自性を否定せられるが、他方「一箇の意思表示が債權の發生と物權の變動との兩者を目的とすることは固より可能である」と（物權法五五頁）。しかし、「債權發生を目的とする行爲の爲された時に」、物權變動の効果が生ずるものとすれば（同書五一頁）、上述の場合「物權の變動」を目的とする意思表示は、法律上、無意味なものとならう。また、「物權變動のみを目的とする意思表示」を認められているが（同書五七頁）、それが一般にいう物權行爲なのではあるまいか。その場合、「特に債權關係の存在を條件とせざる限り」と限定せられているが、まず債權契約が先行し、その履行として、獨立に「物權變動のみを目的とする意思表示」がなされた場合、その間の關係はどうなるか。そこに同教授の否定するいわゆる有因・無因の問題は生じないであらうか。

(三) 物權行爲の獨自性を否定する解釋理論としては、當事者間に賣買契約が成立すれば、特別の事情がない限り、當事者がそれを欲したと否とに拘らず、所有權は買主に移轉する。かかる解釋理論がいかに現實に反し、また民法の他の規定の解釋と衝突するかは、末川博士がこれを指摘してあますところがない。同博士、民法上の諸問題四六頁以下參照。

「物權行爲の獨自性」若しくは「獨立性」とは、原因行爲たる債權行爲を中心としてみたフランス法主義の表現である。體系的に債權行爲と物權行爲とが對立するとする立場からは、必ずしも適切な用語とはいえない。しかしそれは用語の末の問題としておく。ともあれ前述の理由により、わが民法の下、物權行爲の獨自性・獨立性を認めることが、その體系的要請であり、この要請の下に、すなわち債權行爲の外に、物權の變動の原因となる物權行爲を想定

することにより、民法第一七六條以下の解釋理論を進めなければならない。その場合、次におこる問題は、原因としての債權行爲と、その發展の歸結たる物權行爲との間の關係、すなわち一般に物權行爲の有因・無因として論ぜられる問題である。

具體的事案は複雑、多様であり、物權行爲の効力が、その原因たる債權行爲の効力いかんと常に切離されていると(一)も(無因)、また、債權行爲の無効・取消・解除が、常に物權行爲の無効をきたす(有因)ともいい切れない事情がある。(二)そこで、その關係が原則として無因であるが、當事者の意思(特約)によつて有因となるとする相對的無因説(三)が現われ、また、「無因」とはいわないが、この兩者を切離して、別に債權行爲と物權行爲との間に効力上の條件關係を認め、若くは物權行爲自體に無効・取消の原因を認める學說などに岐れている。(四)(五)

(一) わが民法は、物權行爲につき、意思主義により、ドイツ民法の如く形式主義を採用していない。そのため、事實問題として物權行爲と債權行爲との區別が明瞭でない場合が多い。また、形式主義におけるが如く、物權行爲と債權行爲とを全く切り離して仕舞うことが、しばしば事案に妥當しない結果を招來する。わが民法の解釋として相對的無因論の現われているのは、かかる理由に基く。

(二) 物權行爲の獨自性を否定する學説は、債權行爲と物權行爲(それを認めるとして)との間の不可分關係を認めることに歸するが故に、一種の絶對有因説である。この學説による解釋理論が結果的妥當を缺くことは末川博士の指摘する如くである(本稿三二七頁註三參照)。

(三) 石田博士、物權法八五頁。

(四) 柚木博士、判例物權法總論六四頁。勝本博士、物權法概説上卷六六頁。

(五) この場合、末川博士は物權契約に獨自の無効・取消原因とせられるが、その内容において、それに先行する債權契約に關連している。例えば、相手方が賃貸の意思によつて引渡した物を贈與を受ける意思にて引渡を受けた場合は、その「原因が問題で

はなくて、物權行爲自體の不成立が認めらるべきである」という。同博士、民法Ⅱ物權法（新法學全集收載）九〇頁參照。

一般に民法學者は、この問題を法律解釋の問題として取扱つてゐる。しかし物權行爲がその原因たる債權行爲の無効・取消・解除によつて無効となるか否かは、裁判における事實認定のいかんにかかるのであつて、抽象的な私法理論によつて解決せられべき問題でない。また、物權行爲の有因性・無因性といわれているが、それは物權行爲とその原因となる債權行爲との間に内在する本質的關係の分析によつて論定せらるべき問題ではなくして、具體的事案を前にし、目的考察によつて決定せらるべき實證的理論の問題である。いわゆる相對的無因説は物權行爲の無因性を主張しながら、當事者の合意によつて有因となし得ることを認める（前出）。それは物權行爲の有因・無因が、一般的・抽象的理論によつて解決せられべき問題ではなくして、具體的事案の内容により決定せられべき問題、すなわち裁判所における事實認定にかかる問題であることを承認するものに外ならない。^(一)結果的にみて、無因論の拋棄である。二・三の民法學者が、物權行爲と債權行爲との對立を認めながら、その間の關係をもつて、物權行爲の有因性・無因性の問題ではないとして、この用語を排斥し、別個の角度から問題の解決を圖つてゐるのは、正しくこの問題の所在を捉えたものといひ得る。^(三)しかし問題は、連續・發展しゆく事案につき、先行する債權行爲とそれに續く物權行爲との間に効力上の關連を認むべきか否かに存するのであるから、それを物權行爲の立場からみて、有因・無因の用語を使用することは、問題の所在を明かにしている以上、必ずしも排斥する必要もないであらう。^(四)

(一) 石坂博士は、「如何ナル行爲ニ依リテ其物權契約力成立スルカハ事實問題ニ屬ス」（同博士、改竄民法研究上卷三四二頁）とちわれているが、この考え方が、有因・無因の問題にまで及んでいない。

(二) 遊佐博士、新訂物權法概論二五頁。

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

(三) 本稿三二八頁註四・五に掲記の學說がそれである。

(四) この關連を、相對的無因説は、當事者の意思(合意)に認めている(石田博士)。また「無因」の用語を排斥する學者のうち、柚木博士は、兩行爲間の「條件」關係にこれを求め(同博士、判例物權法總論六四頁)、勝本博士は、兩行爲間の「不可分の關聯」(それには、種々な場合を舉げられる)にこれを求める(同博士、物權法概説上卷六六頁)。しかし末川博士は、債權行爲と物權行爲との効力上の關聯を絶対に否定し、物權行爲に獨自の無効・取消原因を認められる。しかし博士の舉げられる物權行爲の無効・取消の原因には、事實關係として、それに先行する債權行爲と關連する場合があり、それについても理論的連かんと否定せられている(三二八頁註五參照)。しかし問題は、本文に述べるが如く兩行爲間の關係をいかに認定するかにある。博士の所論には、事實關係から遊離した形式的解釋理論の感を禁じ得ない。しかして博士は、物權行爲の獨自性を否定する解釋理論が、現實に則しないことを指摘し、排斥せられている(本稿前段三二七頁註三)。

問題は、民法學者の構想する私法理論それ自體にある。物權行爲の有因・無因と稱せられるところのもの、實は、具體的事案における先行の債權行爲とそれに續く物權行爲との間に、その効力上の連關を認むべきか否かという裁判における事實認定のための理論である。しかるに民法學者は、この問題にまとわれている訴訟的ファクターをすべて捨象し、抽象的な民法の解釋理論として論議している。この點、有因・無因の用語を排斥する學者も同様である。事實から遊離した解釋理論は、抽象的觀念論となつて無限に分岐する。しかも元來、民法體系論に立脚すべきいわゆる物權行爲の獨自性の問題が、解釋理論のかたちで物權行爲の有因論・無因論、その否定論に加われるため、學說がよいよ錯綜を極めざるを得ない。これが實情である。

債權行爲と物權行爲との効力上の關係をいかに認定すべきかは、具體的な裁判過程における問題である。民法學者が、その場合における事實認定のための理論を組立てるところに、いわゆる物權行爲の有因性・無因性の問題の核心の存すること知るならば、現在より遙か具體的内容をもち、簡素化せられた所論に落付くであらう。

その三 現代私法學は、私法關係に及ぼす「裁判の効力」(法創定力)をその理論に織り込んでいない。

すべて判決は、法確定力のほか、法創定力をもつ。^(一) ドイツ普通法末期において確認の訴及びそれに續いて創設の訴

が新たな訴の類型として登場したのは、近代國家における司法權の擴大・強化に伴い、裁判の設權的効力が増大せしことによる。この點、既に詳細に論述したが故に、ここでは再説を省く。^(二) しかるに現代の私法學は、今も、ドイツ普

通法當時の如く、私法を中心として訴訟法に對し從屬的地位(助法)しか認めていない。その結果、裁判のもつ設權的効力(その法創定力)を認識することができないで、その理論には、裁判の効力なるものが織り込まれていない。

そのため、私法の理論には、甚だ承服し難いものを生じている。殊に創設判決を廻ぐつて、それが著しい。

(一) 拙著、前掲訴と請求三〇二頁以下(裁判の本質とその効力一般)参照。

(二) 前掲八四頁以下(各種訴の類型の下における「訴訟上の請求」)参照。

一 給付判決について

現代法制においては、債權それ自體は強制力をもたない。「訴訟の目的」たる債權の存在を確定した給付判決によつて、當該債權につき強制執行請求權が発生する。すなわち給付判決のもつ「法創定力」によつて「訴訟の目的」たる債權に強制執行請求權が付與せられるのであつて、それは債權それ自體の効力ではなくして「裁判の効力」である。民法が第四一四條において、強制履行(執行)請求權を債權の効力として規定しているのは、バンデクテン法學當時の名ごりを止めたものにほかならない。民法學者は、同條にいう「強制履行」をもつて民事訴訟法の規定する

「強制執行」と同義であるとして(一)いる。それは同條の規定する強制履行請求權が訴訟法上の請求權なることを承認したことになるのであるが、なお、それをもつて債權の効力であるとし、何故に債務者の給付を内容とする債權から、訴訟法上の強制履行請求權が発生するかについては、説明していない。(二)法制的推移により、條文解釋の理論も修正せられる必要がある。

(一) 鳩山博士、日本債權法(總論)一一七頁。民事訴訟法の規定する強制執行には、直接執行と間接執行とがあり、民四一四條一項にいう「強制履行」がそのいずれを指すかについては、民法學者間に學說が岐れている(勝本博士、債權總論中卷二八五頁以下參照)。しかしわが民法の規定する強制執行制度の全體からみて、民法第四一四條一項の「強制履行」は「物的直接執行」を指すものとしなければならない(拙著、民事訴訟法下卷四五七、五四〇頁)。民法學者の所説も、現在では、概ねそのようである。例えば我妻教授、作爲又は不作爲を目的とする債權の強制執行(加藤先生還曆祝賀論文集)五四五頁。

(二) 鳩山博士は、強制履行請求權を「債權ノ効力トシテ民法ニ掲ケタルニ付テハ非難アルヘシ」と述べている。しかし博士が民法の規定すると同じく、それを「債權の効力」としていることにつき、何等の理由を示していない。

二 確認判決について

確認判決は、「訴訟の目的」なる權利若くは法律關係の存否を有權的に確定する。しかして當事者は、その既判力により、それに關する再度の争いを許さないのであるから、確認判決は、その事實上の效果として若干の「權利形成の效果」を伴う場合がある。(三)例えば土地境界確定の判決により、土地所有權の範圍が明確にせられ、當事者は、法律上、それを争う手段が奪われる。すなわち確認判決は、法確定力のほか、ある程度の法創定力をもつ。(四)

(一) 確認判決は、それによる「權利形成の效果」が判決の内容とならないで、判決に伴う「事實上の效果」として生ずる點において、創設判決と制度技術的に區別せられている(拙著、民事訴訟法下卷三六一頁參照)。

このように確認判決も、また、その法創定力により若干の「權利形成の效果」を伴う場合がある。しかしそれは「訴訟の目的」たる權利若くは法律關係の存否に關する有權的確定に附隨して、當事者の法律生活の上に生ずる現實的効果（いわゆる事實上の效果）であつて、私法上の權利關係に變動を生ぜしめる規範的効果は、直接、それによつて生じない。それは事實の世界に屬し、抽象理論の體系たる私法理論の領域外にある。されば民法學者が確定判決の効力に無關心なのは、寧ろ當然というべきであらう。しかしそれと同時に、私法理論の領域外に、私法生活上の問題の存することを知らなければならぬ。

三 創設判決について

問題は、創設判決である。創設判決は、判決の内容として「權利形成の效果」をもつ。すなわち判決それ自體の効力として、權利の變動を生ぜしめる。例えば婚姻取消判決、若しくは離婚判決によつて、既存の婚姻關係が解消せしめられるが如し。

創設の訴は、判決のもつ法創定力の増大の一場面として登場した新たな訴の類型である。この訴の類型の成立過程、及びその「訴訟の目的」たる權利の性格と内容については、既に詳細に論じたが故に、ここでは再説しない。⁽¹⁾要するに問題の核心は、創設判決によつてもたらされる「權利の形成」をもつて、原告のもつ私法上の權利行使の效果とみるべきか、或いは判決それ自體の効力とみるべきかということにある。その見解の相違によつて、創設の訴の「訴訟の目的」たる權利がその性格と内容とを異にせざるを得ない。卓見によれば、創設の訴の「訴訟の目的」は、

(一) 訴によつて(すなわち裁判上)行使せられることを要する私法上の形成權(二) 公法上の形成要求權(三) 既存の權利關係の變更請求權の三種類に分たれる。

(一) 拙著、前掲訴と請求九八頁以下参照。

(二) 拙著、前掲一一頁以下。拙著、民事訴訟法上卷一一二頁以下参照。近代の訴訟制度が、事件の解決を判決の設權的効力に求めるのは、各場合により異なる理由と要求とに基くのであるから、創設の訴における「訴訟の目的」たる創設請求にも、種々な型態と内容とが存するものとみなされなければならない。従つて從來の學說の如く、創設の訴の訴訟の目的を画一的に規定することは無理である(拙著、前掲一〇六頁以下。拙著、民事訴訟法原理一卷四〇一頁以下)。筆者がこれを三種類に分つたのは、かかる理由に基く。

ヘルウィックは、權利變動を私權の行使に歸せしめる私法理論と調和すべく、創設の訴における「訴訟の目的」をもつて「裁判上行使を要する私法上の形成權」であるとした。創設の訴の「訴訟の目的」には、例えば離婚の訴におけるが如く、正しくかかる私法的性格のものも存する^(一)。しかし近代國家は、更に進んで専ら判決の効力によつて「權利の形成」を意圖する場合がある(例、婚姻取消の訴)^(二)、というのが筆者の主張である。この場合には、原告は、判決による權利形成の要求權をもつに止まり、判決による「權利の形成」は、擧げて判決の設權的効力(法創定力)に歸せしめなければならない。民法第四二四條は、債權者の詐害行爲につき、その「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定し、また、同第七四四條が婚姻の取消につき同様に規定している。これ等は、判決の設權的効力による「權利の形成」を率直に承認した條文とみるべきである^(三)。

(一) しかしこの場合でも、判決によらなければ、「權利形成の效果」を生じないのであるから、裁判の効力(法創定力)がそれに加わっている。

(二) 婚姻の取消請求を、裁判所（國家）に對する公法上の形成要求權と解しなければ、わが民法の下において、婚姻の取消請求と離婚請求との本質的區別が成り立たない（拙著、前掲訴と請求一七、一二三頁參照）。

(三) その他にも、實體法が、私法關係に及ぼす裁判の効力を正面から認めている場合がある。例えば離婚原因がある場合でも、「一切の事情を考慮して婚姻の繼續を相當と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる」（民七七〇條二項）と規定しているが如きがそれである。なお、改正前の商法一〇七條も、同様な規定である。私法學者は、これ等につき何等の理論的な分析と説明とを加えていない。

しかし民法學者は、これ等の場合にも、なお、裁判の効力をその理論に織り込んでいない。されば民法第四二四條は、債權者の詐害行爲の「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定し、取消權の主體が裁判所であり、債權者は裁判所（國家）に對し取消の請求權をもつに過ぎないことが、條文上疑う餘地なく規定せられているにもかかわらず、なお、これを詐害行爲取消權と稱し、原告が取消權をもち、訴は取消權行使の方法に過ぎないと説明している。^(一)正にパンデクテン法學者の解釋態度である。しかし、いかに債權者だからとて、自己の直接關係しない債務者の行爲を取消し得るとすることは行き過ぎである。法的主體平等の理念に反する。債權者は、債務者の詐害行爲に對し國家權力による取消を求める權利をもつとみるのが、條文の解釋としても穩當であり、また、債權債務の關係を正しく認識したものとえよう。^(二)婚姻の取消（民七四〇條）・遺留分減殺の請求（民一〇三一條）・地代家賃の増減請求（借地法一二條・借家法七條）等についても、同様にいうことができる。すなわち婚姻の取消原因があれば、その婚姻に全く關係しなかつた、場合によつては、從來音信不通の親族によつて取消されるということとは、承服し難い奇怪事であり、また、地代家賃の増減の額は、實際上、裁判によつて定められるにもかかわらず、原告はその一方的意思表示により増減し得る形成權をもつというのも、おかしい議論である。^(四)これ等は、いずれも私法學が、現實に私法關係に及ぼしている裁判

の効力をば、その理論のうちに織り込んでいない。いな、それを織り込み得ない體系構造をもつ根本的な缺陷あるによる。

(一) 本稿前段、三一頁註二參照。

(二) ドイツ債權者取消權法の規定を廻ぐる解釋理論は、そのまま、フランス法系に屬するわが民法第四二四條の解釋理論とすることはできない(拙著、前掲訴と請求一一四頁註2、一一六頁註3參照)。

(三) ドイツ民法では、婚姻取消の訴を提起し得るのは配偶者またはその法定代理人に限られ(ドイツ民一三三五、一三三六、一三四〇、一三四一條)、利害關係ある第三者には、婚姻無効の訴のみが許されている(ドイツ民訴六三二條)。

(四) 拙著、前掲訴と請求一二四頁以下參照。

その口 實體法學者には、訴訟(裁判)による「權利の確定」について明確な認識が缺けている。

實體法は抽象的規範であり、その裁判規範の面を通じ、裁判によつて初めて具體的な權利若しくは法律關係が形成せられる。既に十九世紀の後半期中葉の頃、ビュローは、この點に着眼して、「實體法は將來において、希望せられる法秩序の計畫、または單なる草案に止まる」といひ、また、「法律は、法秩序を實現すべき準備若しくはその試みに過ぎない」といつている。實體法は抽象規範であり、そのままで具體的事件を規律し得ない。すなわち抽象規範たる法規範を具體的事件に妥當せしむべく、それを具體化若しくは個別化する過程が必要なのであつて、それが「法律の適用」であり、また「裁判」に外ならない。裁判は、實體法と具體的事件とを結ぶ契機である。實體法には、必然的にこれを具體化する「裁判」の過程が伴ひ、また、裁判は抽象規範たる實體法の存在を豫定する。しかして裁判において、抽象規範たる實體法を具體化・個別化して、特定事件に妥當せしめる過程には、單なる裁判の法確定力のみ

ならず、法創定力が介入する。^(四) かの法段階説を主張するケルゼンは、法の具體化の過程において、規範設定者の裁量の加わる餘地あることを認めているが、^(五) それは、裁判（若しくは行政處分）の効力の面からいえば、その法創定力を認めることに歸着する。

(1) Bülow, O., Gesetz und Richtersamt, 1873, S.3.

(11) a. a. O. S. 41.

(三) 訴訟とならない當事者間の解決においても、裁判におけると同様な過程（いわゆる自己裁判）が存するとみななければならぬ（本稿三二二頁註一参照）。

(四) 拙著、前掲訴と請求三〇八頁以下参照。

(五) Kelsen, H., Rechtslehre, 1934, S. 79 ff. 90 ff.

前述の如く、實體法（抽象規範）は、そのまま直ちに具體的事件に妥當するものでなく、その具體化の過程を経なければならぬ。すなわち實體法學において「法律の解釋及び適用」の段階がそこに介在する。しかして、法律の解釋は、具體的事件を前にした裁判のためにする場合であつても、それは抽象的な法論理操作であり、かつ普遍妥當性をもつ理論體系の一部を構造するものでなければならぬ。⁽¹⁾ 従つてそれは抽象的な理論の體系である解釋法學（私法學）の分野に屬する。もとより裁判のために法律の解釋に際しては、當該事件に對する法律の適用を豫想し、かつそれを織り込んだ解釋理論が組立てられるであろう。従つてそれは單なる抽象理論ではないともいえる。しかしこの場合、「法律の適用」というも、實は、その事件に對する假定的な、未だ具體性をもたない法的價值判斷に過ぎないのであつて、それは前「裁判」の段階に屬する觀念的な法論理操作である。従つて同一事件に對し、異なるしかも相矛盾する「法律の適用」（法的價值判斷）を構想し、それぞれにつき、それを支持すべき數個の解釋理論を組

み立てることは、もとより可能である。この段階においては、未だ具體的な「法律の適用」が行われるのではなくして、觀念的・抽象的な「法律の解釋」がなされているに止まる。

(一) 解釋法學とは、實定法に則して普遍妥當性ある解釋理論の體系を構造する學問である。しかし裁判における法律の解釋とは、その理論體系のうちに具體的事件に妥當すべき法律解釋理論を見出し、若しくは創造することである。

前述の如く「法律の解釋」は、具體的事件を豫定し、裁判のためになされる場合であつても、なお、それは觀念的・抽象的な法論理操作である。これに對し「法律の適用」は、その解釋理論に基いて、抽象法を具體化することにより具體事件に妥當すべき具體法を創定する現實的かつ具體的な法論理操作である。しかし訴訟における「法律の適用」は、裁判によつてなされる。^(二) 裁判における「法律の適用」は、觀念的な解釋理論を具體的事件に妥當せしめる國家意志の作用である。^(三) しかし數個の解釋(當該事件に對する法的價值判斷)が併存する場合、そのいずれを採用すべきかは、裁判所(國家)の意志によつて決定せられべき問題であり、そこには具體的妥當の要請が強く働く。いずれにせよ、裁判における「法律の適用」は、觀念的な「法律の解釋」と異なり、一個しか存し得ない。

(一) 近代國家は「法律による裁判」を要請する。その故に裁判は、「法律の解釋」を介して、抽象的法規範の體系たる實定法にその妥當根據を求め、「法律の解釋」に基く「法律の適用」をもつてその内容とする。

(二) イザイによれば、裁判は、裁判官の悟性による理論認識に基くものではなくして、主として意思的思考(Vollziehe Denken)の結果であるとする。Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 27.

裁判における「法律の適用」は、前述の如く「法律の解釋」に基くものであり、その論理的歸結である。従つて裁判は、當然、合理的性格をもち、またそれに法確定力が伴う。しかし他面、裁判は、當該事件に妥當すべき具體法を創定する國家意志の宣言であり、「法律の適用」は、裁判所(國家)の意志行爲なるが故に、裁判に非合理的モメント

の介入をゆるす余地を生じ、また、裁判それ自體として法創定力をもつ。

(二) 裁判は、法律に依據しなければならぬが故に、合理的性格をもつ。しかも具體的妥當のため、それに非合理的のモメントを取り入れるについては、事實の認定、立法責任の轉換、裁判理由における「論理の飛躍」等の訴訟技術的操作が行われる。また、しばしば解釋理論の普遍妥當性なき在曲も行われる。裁判の合理性・非合理性については、拙著、「實體法學と訴訟法學」收載の拙稿「裁判の合理性と非合理性」(同七七頁以下) 參照。

「法律の解釋」と「法律の適用」とは、ともに法論理操作である。しかし前者は抽象的・觀念的であり、後者は具體的・意志的である。また、前者は、同一事件につき數個の併存が可能であるが、後者は、裁判としてただ一個のみが成立し得る。この兩者は、理論的に區別せられなければならない。^(一)すなわち「法律の適用」は抽象的な法の論理操作たる「法律の解釋」につゞき、具體的な法論理操作の段階に屬する。^(二)従つてそれは、抽象的・觀念的な私法の解釋理論の領域を脱して、現實的・具體的な訴訟理論の分野にある。また、具體的な「權利の確定」は、この段階において具現せられ、「法律の解釋」の段階においてはでない。

(一) イザイは、合理的な「法規範」(Rechtsnorm)の體系と非合理的な「法」(Recht)の體系とを對立せしめている。しかし非合理的な裁判の綜合すなわち「法」であるといふ「法律(法規範)の適用」についても、なお、抽象的考察を加えると同時に、それに合理的性格を與えている。Vgl. Isay, H., a. a. O. S. 29, 335. 拙稿、前掲「裁判の合理性と非合理性」八九頁參照。

(二) 經驗的事實としては、法律の解釋(抽象的法論理操作)と法律の適用(具體的法論理操作)とは、ともに事件に對する法的價值判斷を形成すべく、裁判官の意識裡に相互依存の關係において相交錯して進行し、また、それに先だつ事實の認定とも切り離し難い關係にある。結局、それ等を綜合する統覺(appearance)によつて判斷(裁判)が成立する。しかしその一體をなして進行する過程をもつばら法學の立場から分析し、それぞれについての構成原理を見出すことは、學問的に可能であり、また必要なのである。拙稿、前掲九九頁以下參照。

「法律の解釋」と「法律の適用」とは、前述の如く法の論理操作における異なる段階に屬し、理論的にこれを分離して、學問的考察の對象としなければならない。前者は抽象的な私法學の抽象理論がこれを支配し、後者は具體的な訴訟理論の分野に屬することは、前段に詳説したところである。しかるに從來の私法學はこの兩者を一體とみて、「法律の適用」を「法律の解釋」の理論のうちに吸収し、具體的な「裁判」のモメントを捨象して、抽象的な法律解釋理論をもつて法律適用の過程を説明せんとしている。こゝにも私法學に、ローマ法的一元構造への膠着があり、また、學問の權利範圍の不當擴大がある。その結果として、私法學は「法律の適用」の段階における非合理的契機(二)の介入、國家意志に淵源する具體法の創定、また具體的妥當の要請等について何等の理論的分析をなさないでいる。しかしそれ等については、以上述べた程度に止めておき、ここでは多くの私法學者が、裁判による具體的な「權利の確定」を解釋理論の問題として取扱つてゐるために、明せき妥當な理論を構造しえない點を、若干の事例を擧げて論證するであらう。

(一) 私法學は、「法律の適用」の過程を形式論理(假言三段論法)によつて説明する。すなわち法規を大前提とし、認定せられた事實を小前提とし、演繹的推論(三段論法)による法論理操作の結果たる斷案が裁判であるという。それは、大前提たる法規の解釋が、そのまま演繹的推論(法律の適用)により、斷案において具體化せられることを論理的に承認するものであつて、「法律の解釋」と「法律の適用」とを同一の理論段階に措定し、同一法論理操作のそれぞれの一面とみる理論である。

(二) 裁判は事件の紛争解決を目指す國家意志の宣言であり、裁判の内容(法律の適用)の決定には國家意志が働く。知性の論理たる形式論理は、「法律の適用」に先行する「法律の解釋」の論理として、裁判の合理的構造を説明し得るが、裁判の成立過程を解明することはできない。意志の論理を把握しなければ、裁判の本質に觸れることが學問方法的に不可能である。

一 不動産物權(所有權)の二重讓渡について

わが民法は、物權行爲につき、フランス法の意思主義により、意思表示のみによりて物權の變動を生ぜしめると同時に、不動産物權の得喪・變更については、登記をもつて第三者に對する對抗要件としている（民一七六・一七七條）。そこで物權（殊に不動産の所有權）の二重譲渡の場合に問題を生ずる。通説は、譲渡時期の前後を問わず、對抗要件を備えた物權譲渡に絶対的効力を認めている。判例も、その趣旨である。對抗要件の機能を發揮せしめ、取引の安全を保つためには、正にそのように解しなければならぬであらう。しかし民法は、物權の設定及び移轉が、意思表示のみによつてその効力を生ずるものと定め、登記は第三者に對するその對抗要件なのであるから、民法の一元的構造理論をもつてすれば、既に他人に譲渡した不動産の原所有者は、再び他に譲渡すべき物權を有しない理である。従つて再度の譲渡につき登記をなしたとしても、それは登記原因なきいわゆる空登記に過ぎないということになる。

（一）實質上、物權の變動がないにも拘らず、登記のみがなされても、その登記は、もとより、何等の對抗力をもたない（杉之原舜一氏、不動産登記法四四頁）。従つてそれにより物權の得喪・變更を生ずるものでない（大正六・四・二六、大民二判決、民錄二三輯七五八頁。民抄錄七一卷）。

右の理論を克服するため、民法學者は苦心を重ねている。或いは不動産物權の譲渡は、登記なき限り、第三者に對して物權變動の効力を生じない（相對的無効説）、また、第三者に對し完全な排他的効力を生じない（不完全排他性説）^(三)といひ、或いは物權的意思表示により、一應當事者間に物權の變動を生ずるが、登記なき限り第三者は當該物權の變動を否認し得る（否認權説）^(三)などともいわれる。いずれも、この問題を解決すべき合理的な一應の理論を組み立てているが、説明のための説明の域を脱していない。殊に何故に、第二の譲渡がその登記により登記を缺く第一の譲渡に優先するかの根本問題については、民法學者間に意見が岐れ、他を説得するだけの理論的根據が示されていない。

(一) 川名博士、物權法要論一四頁。いわゆる「關係所有權説」も、この説の一種とみることができ(大正一五・二・一、大民聯判決、民集五卷四九頁)。

(二) 我妻教授、物權法(民法講義Ⅱ)八四頁。山中教授は、排他性なき物權を債權的物權と名稱している(法政研究一五卷三、四合併號六一頁)。

(三) 從來における通説ともいい得るであろう。文獻は省略する。

この問題は、不動産物權が、その所有者により二重に譲渡せられた場合、第一若しくは第二の譲受人のいずれが所有權者として、他の一方の譲受人の權利を否定し得るかということである。それは、それぞれの取引の行われた後において、たまたま生じた「權利の衝突」に際し、いずれに絶對的効力を認むべきかという「權利の確定」が、問題の核心をなしている。民法學者の所説を通觀すると、これを權利(所有權)の成立若しくは効力の問題とし、抽象的なかつ一元的構造の民法の解釋理論によつて解決せんとしている。しかし「權利の衝突」は、現實の法律生活における具體的な場面(現象)であり、「權利の確定」もまた、同様であつて、それ等は、終局的には訴訟(裁判)によつて解決せられるべき問題である。それは訴訟理論の分野に屬し、抽象的な民法の解釋理論のみによつて解決せられる問題ではない。それにも拘らず民法理論の問題とするところに、學説の紛糾する因がある。殊にこの問題は、原所有權者と第一の譲受人、及び原所有者と第二の譲受人という二つの世界(次元若しくは位相空間)の間における「權利の衝突」からはじまつている。これに對し民法學者が、民法の一元的構造理論を當てはめんとするところに無理がある。そのため、いずれの所説も、元來、絶對的なべき物權に相對的効力を認める不徹底な所論に陥つてゐる。

(二) 民法學の理論は、空間理論をもつて説明すれば、三次元の理論的空間(ユークリッド空間)の理論であり、それは單一空間(若しくは一元的構造)の理論である。しかし現實の社會は數多の部分社會に岐れ、利害相交錯するのであるから、民法理論の

如き一元的構造（單一空間）の理論のみをもつて、正しくその間の關係を把握し得るものでない。それは多次元的構造の理論によるか、若しくは同一次元内の數個の位相空間の對立として考察することにより、初めてその間の關係を正しく分析し得ると思える。殊に、訴訟において、原告・被告が對立し、更に裁判所が上位の段階において、裁判權を行使するのであるから、訴訟理論は、これを多次元的に構造するとともに、抽象空間理論を導入する必要があると考えている。この構想の素描は、拙稿、法學と自然科学との方法的連關について（法律タイムズ四卷七號）に述べてある。また、筆者は、かかる構想の下に、訴訟法學において、法律行爲と訴訟行爲との關係を理論的に解明している（拙稿、前掲訴と請求二一八頁以下参照）。

この問題については、引續き稿を新たにして、詳細に論ずるであらう。

いわゆる物權二重讓渡の問題は、抽象的な民法の解釋理論の領域外にある。それは現實の法律生活における「權利の衝突」を廻ぐる事件であつて、終局的には訴訟（裁判）によつて解決せらるべき「權利の確定」の問題であり、訴訟理論の分野に屬する。このことを理解すれば、問題の解決は極めて簡單である。

わが民法は、物權の設定及び移轉につき意思主義をとるが故に、所有權の觀念的移轉（規範關係としての移轉）を認める。しかして引渡は、事實關係をその規範關係的移轉に即應せしめる當事者の行爲であり、對抗要件たる登記は、所有權の絶對性の法的保證に外ならない。引渡若しくは登記を缺くため、所有權の絶對性が事實上において否定若しくは制限せられることがあつても、それは事後に生ずる個別の現象であつて、理念として民法の構想する所有權の絶對性を否定するものではない。

不動産所有權の二重讓渡の場合についてみる。甲がその不動産所有權を乙に讓渡した場合、甲乙間の關係において、所有權は乙に移轉し、乙の所有權は、理念として對世的効力をもつ。但し對抗要件を缺くときは、第三者はこれを否定し得るが、乙が現實にその不動産を支配し、何びともそれを争わない限り、對抗要件の不存在は問題となら

ない。次に甲が同一不動産を丙に譲渡したとする。甲乙間と甲丙間とは別個の次元（若しくは位相空間）を構成しているから、甲乙間において當該所有權が規範關係的に乙に移轉したことは、甲丙間において、同じく規範關係的にその所有權が丙に移轉することの妨げとならない。再度の移轉を妨げるのは、同一規範體系（同一次元若しくは位相空間）の内部においてである。従つて甲丙間において、丙が規範關係的に移轉を受けた不動産所有權は、理念として對世的効力をもつわけである。しかし問題は、所有權行使の事實關係であり、また所有權絕對性の法的保證である。同一不動産につき乙と丙とがそれぞれ引渡を受けることは、事實上不可能であり、また兩者のために移轉登記をするとは法律上許されていない。すなわち不動産物權の二重譲渡の場合には、事實問題としての「權利の衝突」を必然的に惹起し、その優劣が爭われることとなる。

しかしてその争いは、終局的には、訴訟（裁判）により解決せられる。前例をもつてすれば、乙と丙は、ともにそれぞれの世界（次元若しくは位相空間）において、規範關係的所有權をもつ。しかし、それが事實の世界において衝突した場合には、兩者を包攝した、より高次の段階にある國家（裁判所）が、實體法の規定に従い、その一方を事實の世界における絶對的排他性ある權利として有權的に確定し、他方についてそれを否定する。すなわち民法は、不動産物權の得喪及び變更については、登記をもつて第三者に對する對抗要件としているから、對抗要件を具備する譲受人の所有權が、その譲受時期の前後を問はず、始源的に事實の世界において完全な排他性ある權利として確定せられ、その反面として對抗要件を具備しない譲受人については、事實の世界において排他性をもつ所有權の取得を認めえないとして、その所有權は始源的に否定される。

かくして物權の二重譲渡に關する問題は、裁判における「法律の適用」による「權利の確定」によつて解決せられ

る。民法の諸學説は、その解決の結果を抽象的な解釋理論の立場から説明しているに過ぎない。説明であるから、見方の相違により、或いは相對的無効とか、或いは不完全排他性とか、いろいろな敘述が生れてくる。「法律の適用」による「權利の確定」の問題であることに着眼すれば、そう學説を紛糾せしめる必要もないことが判かる。

なお、指名債權の讓渡についても、わが民法はフランス法に従い意思主義をとり、その對抗要件を規定しているの(一)で(民四六七條)、二重讓渡の場合に、以上と同様な問題を生じている。それに關しては、既に述べたことあるが故に、ここでは再説しない。(二)

(一) 指名債權の讓渡については、その對抗要件が債務者に對すると、債務者以外の第三者に對すると異なっているため、更に問題が紛糾している。

(二) 拙著、判例民事訴訟研究第一三事件。

二 請求權の競合について

同一の社會事實について、數個の異なる觀點からする法的價值判斷が可能であり、それにより、目的を同じうする數個の請求權の發生が認められる場合、それを「請求權競合」(Anspruchskonkurrenz)といい、また、同一社會事實につき、觀點を同じうする法的價值判斷により、目的を同じくする數個の法條の定める法律要件のそれぞれ充足が認められる場合、それを「法條競合」(Gesetzeskonkurrenz)という。法條競合の場合には、一方の法規は、競合せる他の法規の適用を排除して、一法條による權利の成立のみが認められる。(一)これに反して請求權競合の場合には、同一社會事實から實體法上數個の請求權が發生するが、それ等數個の請求權が目的を同じくするが故に、具體的にはその

一個のみが實現せられる場合である。一個の社會的事實から、競合する數個の請求權の發生を認め、しかもその一個のみの實現を認めることは、「訴訟」(裁判)においてなさるべき「權利の確定」の問題であり、それは訴訟理論の分野に屬する。その故に、請求權競合論は、かつては、ドイツ普通法學者により、「アクチオの競合」(Aktionenkonkurrenz)として論ぜられ、「引續き」(Klagenkonkurrenz)の問題とせられていた。

(一) 拙著、前掲訴と請求一四七頁註二。法條競合論は、主として刑法學において論じられ、民法學においては餘まり論じられていない。但し以下本文に述べるが如く、私法學の請求權競合否認論は、一種の法條競合論である。

實體法上、いかなる法律要件の充足により、いかなる權利が發生するかは、もとより、私法學における解釋理論の問題である。従つて請求權の競合を生ずべき一般要件と、その競合の容態を論ずることは、實體法學において取扱われなければならない。しかし具體的事件において、果して請求權の競合を生じているか、また、それが競合していると認められる場合、そのいずれの請求による法効果を認むべきかは、「訴訟」(裁判)において解決せられべき問題である。それには訴訟法が適用せられ、訴訟理論が妥當する^(一)。

(二) 運送人が、故意または過失により運送品を毀損・滅失した場合には、荷送人は運送人に對し、運送契約上の債務不履行に基く責任と不法行為責任とを問うことができる(請求權の競合)。この場合、訴を提起するに當り、競合せる請求のいずれを第一位に主張するかは、原告(荷送人)がその責任をもつて決定すべき事項に屬し、順位を附して兩請求につき、同時に訴を提起することができる(訴の豫備的併合)。それに關する詳細は、拙著、前掲訴と請求一四六頁以下參照。

然るに民法學者は、請求權競合の問題を全面的に私法解釋理論の問題とする。その場合、私法理論の一元論構造の下に、Aは同時に非Aでありえないという論理に膠著するならば、同一社會事實から數個の請求權の發生は、これを認めることができない。結局、請求權否認論に到達し、一種の法條競合論となる^(二)。

(一) 岡村玄治氏、請求權—競合否認論(法學志林二〇卷九號)。川島教授、法律學辭典Ⅲ一四九三頁下段以下。同Ⅵ二三四四頁中段。但し同教授は、特に明文ある場合には(例、民二〇二條)、例外として數個の請求權の發生を認めている(同、一四九三頁中段)。

法條競合は、前述の如く觀點を同じくする法的價值判斷により、同一社會事實について、目的を同じくする數個の法條の定めた法律要件の充足を認めうる場合であるから、その事案について、いずれの法條を適用すべきかは裁判所の專權に屬し、當事者の申立に拘束せられない。^(一)それは私法の解釋理論によつて決定せられるべき事項である。しかし請求權の競合は、觀點を異にする法的價值判斷により同一社會事實につき、數個の請求權の發生が認められ、それが結果において目的を同じくする場合であるから、いずれの請求權を主張するかは、當事者の任意であり、裁判所は、その申立てられた請求につき、その當否を審査しなければならない(民訴一八六條)。すなわち當事者が、競合する數個の請求を豫備的に併合して訴を提起した場合には、裁判所は、その順位に従いて審査し、第一順位の請求が理由ありと認めれば、その請求について原告を勝訴せしめ、これに反し、第一順位の請求を理由なしとするときは、第二順位の請求の當否を審査し、判決すべきものとする。^(二)

(一) 「法律は、裁判所これを知る」(Iura novit curia) と云ふ。

(二) その場合の詳細については、拙著、前掲訴と請求一五三頁以下参照。

然るに請求權の競合を否定する民法學者は、民法の解釋理論によつて、そのうち一個の請求權のみの成立を認めんとする。例えば、契約不履行と不法行為の競合した場合には、不法行為法の規定の適用が排除せられ、債務不履行による損害賠償請求權のみが成立するといふ。^(一)しかし抽象的な私法の解釋理論としては、法律要件の充足により權利(この場合には請求權)の成立を認めることが、その本來の建前である。請求權の競合は、具體的事件を前にした問題で

あるから、その解決は、訴訟(裁判)においてなされなければならない。すなわち具體的事案において請求權が競合する場合には、前述の如く裁判所は、當事者の申立てた順位に従い、順次にその請求の當否を審査すべきであつて、ただ、その場合、裁判所は、一個の請求しか是認し得ない事實上の制約を蒙るに止まる。^(二)また、前例において、當事者間に契約關係の存するため、不法行為上の責任を軽減すべき事情があるか否かの如きは、裁判における「事實の認定」に屬する事項に外ならない。すなわち競合せる請求につき、そのいずれの成立を認むべきかは、「訴訟」(裁判)における「事實の認定」と「法律の適用」により解決せられるべき「權利の確定」の問題である。それは私法解釋理論の領域に屬しない。請求權競合否認論は、訴訟(裁判)における當事者の權利主張をばばみ、裁判所の法律適用の機能を拘束するものであつて、ここにも私法の解釋理論の不當擴大がある。

(一) 川島教授、法律學辭典Ⅲ一四九四頁上段。同教授の所説は、訴訟の機能を害してまで、契約關係が不法行為に優位するといふ私法の解釋理論を支持すべき理由とするに不充分である。なお、岡村氏は、不法行為が債務不履行の内容をなす場合には、單一の債權が発生し、それは不法行為による債權であると同時に、債務不履行による債權であるという(前掲論文、一五五頁)。それを競合というかいわないかは、言葉の上の争いに止まる。

(二) 川島教授は、「現代の訴訟制度の下においては、一箇の事實の同一側面は特に然らざる趣旨の認め得ざる限り一箇の請求權を發生せしむるものと解すべきものと思ふ」と(法律學辭典Ⅲ一四九三頁中段)。正にその通りである。しかしてそれは、訴訟における「事實の認定」及び「法律の適用」の問題であり、抽象的な私法の解釋理論の問題ではない。

三 法律行為の要素の錯誤(民九五條)と賣主の擔保責任(民五六〇條以下)との關係について

賣買の目的物に瑕疵があり、それが法律行為の要素の錯誤の程度に及んだ場合、それに民法九五條の適用あるかについで、私法の解釋理論が岐れている。一説には賣主の擔保責任が問題となる限り、錯誤の規定の適用が排除せられる

(一) といひ、また、その瑕疵が目的物の同一性を失う程度に至らなければ、賣主の擔保責任の問題を生ずるに止まり、民法第九五條の適用を排除するが、目的物の同一性を失う程度のものならば、その法律行爲は民法第九五條によつて無効であり、賣主の擔保責任の生ずる餘地がないといふ。

- (一) 鳩山博士、日本債權法各論上卷三四六頁。末川博士、債權各論第一部八四頁。石田博士、債權各論講義二六頁等。
(二) 中村萬吉博士、債權法概論各論二三五頁。

私法解釋理論の一元的構造からいへば、以上の所論のいずれかに落付かざるを得ないであらう。しかし民法第九五條と同第五六〇條以下とは、事案に對する法的價值判斷の觀點を異にするが故に、そのいずれを適用すべきかは、訴訟(裁判)における具體的な法的價值判斷の問題であり、抽象的な私法の解釋理論の領域外にある。この場合、民法第九五條が全面的にその適用を排除せられるという前説は、前段に述べた請求權競合否認論と同じく、私法の解釋理論を訴訟の問題にまで不當に擴大する誤りを犯している。

また、目的物の瑕疵が目的物の同一性を失う程度であるか否かは、裁判における事實認定によつて決せられる事項である。後説の如く、具體的な事實に則して、私法規定の適用の限界を定めんとするのは、私法理論の一元的構造を「訴訟」(裁判)における「法律の適用」の理論たらしめんとするものである。抽象的な私法解釋理論の不當擴大であり、訴訟における當事者の「權利主張」をばみ、裁判所の法律適用の機能を妨げる點において、前段に述べた請求權競合否認論と同じい。

「法律の適用」は、訴訟における當事者の申立と裁判所の事實認定によりて定まる「裁判」の内容である。事案に對し錯誤の規定(民九五條)か、或いは擔保責任(殊に瑕疵擔保)に關する規定(民五六〇條以下)か、そのいずれを適

用すべきかは、訴訟(裁判)における「權利の確定」の問題であり、私法解釋理論によつて決定せらるべき事項ではない。これに關し我妻教授は、「その所説を改め、それぞれの條件を充たすに従つて兩規定の保護を受くると解すべきであらうか」と述べている。^(一)蓋し以上の關係に氣付かれたものであらう。

(一) 我妻教授、債權法講義案七三頁。

四 詐欺による法律行為の要素の錯誤について

民法第九五條は、法律行為の要素に錯誤あるときはこれを無効とし、民法第九六條は、詐欺による法律行為はこれを取り消しうるものと規定している。しからば他人の詐欺により法律行為の要素に錯誤を生じた場合の効力はどうか。大正期における民法學者の多くは、他人の詐欺により要素の錯誤を生じた法律行為は、民法第九五條により、當然、無効なるが故に、取消の餘地がないとして^(一)いる。ところが、同條の但書は、要素の錯誤の場合においては、表意者に重大な過失があれば、自からその無効を主張し得ないと規定している。その結果、前述の解釋理論に従えば、詐欺による法律行為は、要素の錯誤が生じない限り、これを取消して無効となし得るが、要素の錯誤を生ずると、表意者に重大な過失あれば、取消もその無効主張もともになしえないこととなり、甚だもつて不都合である。

(一) 嘉山氏、民法總論二五三頁。長島氏、民法總論四八五頁。遊佐博士、増訂民法概論總則篇三四〇頁。石田博士、現行民法總論三七三頁。

かゝる不都合あるため、一種の結果論として、この場合には、取消または無効の主張のいずれをもなしうるといふ議論が現われ、現在のところ通説のようである。^(二)しかしそれにつき民法學者は、理論的な根據を示していない。いな、

理論を示し得ないのが當然であろう。蓋し前段に述べたところと同じく、この問題は、抽象的な私法の解釋理論の外にある。^(三)

(一) 鳩山博士、日本民法總論三七六頁。穗積博士、改訂民法總論三三六頁。我妻教授、民法總則（民法講義Ⅰ）三七七頁。勝本博士、新民法總則二二二頁等。

(二) 穗積博士は、「權衡」を理由とし、我妻教授は、「法律要件として錯誤と詐欺との異なることは、具體的の意思表示につき錯誤又は詐欺の主張を選択的になすことを禁ずることにならない」と消極的理由を擧げてゐる。正にその通りである。しかしてこの問題の積極的理由づけは、訴訟理論の分野に屬する。

(三) この問題を解決すべき訴訟理論は、前段に述べたところである。

五 盜品または遺失品の所有權の歸屬（民一九二條と同一九三條との關係）について

盜品または遺失品が第三者に譲渡せられた場合、その譲渡につきいわゆる動產即時取得の關係（民一九二條）が具備していても、原所有者は、盜難または遺失の時から二年間その物の回復を請求することができる（民一九三條）。しかしこの間の所有權の歸屬について、民法の學說が岐れている。盜品または遺失品の讓受人は、二年の期間經過後に初めて所有權を取得する（從つてこの間、原所有者は所有權を喪失していない）^(一)というのが通說であり、判例である。^(二)しかし讓受人は、民法第一九二條の要件を具備することにより、直ちに所有權を取得するとの説もある。しかして原所有者が期間内にその回復を請求した場合には、或いは取得の初めに遡りて所有權を失うといひ、^(三)或いは、將來に向つて所有權を失うに止まると説く。^(四)

(一) 富井博士、民法原論第二卷七〇八頁。遊佐博士、新訂民法概論物權篇一二〇頁。石田博士、全訂改版物權法論三四四頁等。

訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造とに對する疑義

但し遊佐博士は期間内に回復の請求を受けない場合には、占有の初に遡りて所有權を取得すると説く(同頁)。

(二) 大正一〇・七・八、大民一判決、民錄二七輯一三七三頁民抄錄九二卷。昭和四・一二・一一、民四判決、民集八卷九二七頁。

(三) 横田博士、改版増補物權法二三四頁。

(四) 末弘博士、物權法上卷二七三頁。我妻教授、物權法(民法講義Ⅱ)一三〇頁。

以上の所説は、いずれも私法理論の一元的構造に膠着して、この問題を解決せんとしている。しかしこの場合は、具體的事案について生ずる「權利の衝突」の問題であり、原所有者と譲受人との間には、前述した不動産所有權の二重譲渡と同様な關係(權利の衝突)が存する。^(二)従つてそれは、「訴訟」(裁判)における「法律の適用」により定まる「權利の確定」の問題であつて、私法の解釋理論の領域外にある。前述の諸學説は、裁判によつて確定せられた結果を、一元的構造の私法解釋理論によつて説明しているに過ぎない。従つて具體的な事案についてみるならば、^(二)これらの學説に従うも、結局において同一に歸する。^(三)この問題を訴訟理論の立場から眺め、それが「訴訟」(裁判)における「法律の適用」による「權利の確定」により解決せられることに氣付くならば、その理論は極めて簡單である。

(一) 動産を譲受けた者は即時取得の要件を具備することにより所有權を取得する。しかし盜難または遺失の場合には、所有者は、その所有權を失わないのが、「ゲッウェン」(Gewere)の原理であり、民法第一九三條の法意とみななければならない。すなわち譲受人(現在の所持人)は民法一九二條により、また被害者(若しくは遺失主)は、同一九三條により、それぞれ規範關係的所有權をもつ。この點、不動産所有權の二重譲渡に關する説明参照(本稿三四三頁以下)。しかして盜品または遺失品であつても、その譲受人が被害者(若しくは遺失主)から期間内に返還の請求を受けなければ、何等の問題を生じないが、その回復の請求を受けた場合に事實の世界において、「權利の衝突」を生ずる。

(二) 我妻教授も、このことを認めてゐる(前掲同頁)。

(三) 被害者(若しくは遺失主)が、現在の所持人に對しその回復を請求した場合には、裁判所は、事實の審理により民法第一九三條の要件を具備するものと認定したときは、その回復を命ずる。それは被害者(若しくは遺失主)の規範關係的所有權をもつて、事實の世界において絶對的排他性ある權利と有權的に確定するものであり、その反面として讓受人の規範的所有權については、始源的に(讓受人の占有の時に遡り)それを有權的に否定する。すなわち判決により、新たに權利が発生し、若しくは消滅するという問題ではない。それは裁判における「權利の確定」の問題である。

第三 實體法學の學問的方法とその構造における缺陷

以上、私法學の解釋理論につき、その缺陷の主なるものを擧げてみた。それは主として訴訟法學の立場からであるが、實體法學の學問的方法論に内在する缺陷にも論及した。その指摘したところは、およそ次の三點に要約しうであらう。

その一は、私法解釋理論の體系構造についてである。私法學において、民法典を對象とする解釋理論がその主要の部分をお占めることは、いうまでもない。しかし民法典の體系構造が、その法典の解釋理論(私法理論)の構造を決定する。わが民法には、フランス法系の條文が各所に散在しているが、體系それ自體はパンデクテン式編纂法に従っている。従つてわが民法の解釋理論は、パンデクテン・システムのもとに展開されなければならない。この點、フランス法の系統をひける條文を解釋し、またフランス法・イギリス法の解釋理論を取り入れる場合において、特に留意しなければならない事柄である。異法系の解釋理論は、わが民法の採用するパンデクテン・システムに則應するが如くに、必要な修正をこれに施して導入しなければならない。フランス法の條文なるが故に、ローマ法式編纂法によるフランス民法の解釋理論をそのまゝ取り入れたのでは、わが民法全體としての解釋理論の體系を紊すに至ることは

當然である。その結果、抽象的な私法の解釋理論はいよいよ複雑化する。物權行爲の有因性・無因性について學說の紛糾しているのは、かゝる事由に基く。

その二には、わが民法典は、全體としてドイツ法系に屬するが、しばしば、ドイツ法系の條文に代つてフランス法系の條文がおかれている。フランス法系の條文を解釋するについて、フランス法の解釋理論を斟酌する必要があることはいうまでもない。廣く異法系の解釋理論は、他山の石として、これを顧みるべきである。しかし個別決定的な解釋理論に陥らぬよう、前段に述べた體系の整序ということは、常に留意しなければならない。しかるにこの點について、わが民法學者の反省が充分でないようである。或る場合には、フランス法系の條文に、強いてドイツ法の解釋理論を當てはめんとしている。例えば、舊民法の廢罷訴權（舊民財産第三四一條）に遡る民法第四二四條（詐害行爲取消請求權）の解釋に、全くその規定の構想を異にするドイツ債權者取消權法（Anfechtungsgesetz）の解釋理論をもつてし、その結果として學說の分歧をきたし、しかも無理な所說に陥つてゐるが如き、それである。また反對に、ドイツ法系の條文を、フランス法系の理論によつて解釋しようとしている。例えば、民法第一七六條は、物權の設定及び移轉につき、フランス法の意思主義によつてゐるが、債權契約に對立する物權行爲を規定している點において、パンデクテン・システムの上に設けられた性格的にはドイツ法系の規定である。しかるにその規定が内容において意思主義とれるが故に、同條にフランス法の解釋理論を當てはめんとしている。その結果、同條文の解釋には、物權行爲の有因性・無因性の問題とからんで、議論が紛糾している。

その三として、現代私法學は、今なお、實體法・訴訟法未分化のアクチオ理論から抜けきらないで、法律の解釋と適用とを理論的に分離せず、これを一體として抽象的・靜態的な一元的構造理論を展開している。しかし法律の解釋

と、その適用とは異なる法論理操作の段階に屬し、前者については、民法の抽象的・靜態的理論が妥當するが、後者については、具體的事件を前にした具體的・動態的理論を必要とする。しかしてそれは訴訟理論の分野に屬する。しかるに私法學は、訴訟法を單なる手續法・助法として、訴訟法學との學問的連けいを斷ち（若しくは訴訟法學の正當な學問的地位を認識しえないで）、「法律の解釋」すなわち「法律の適用」とする立場から、具體的・動態的な理論を必要とする「法律の適用」の問題に、私法の抽象的・靜態的な一元的理論を當てはめている。そこに方法的な無理があつて、事實から離れた觀念理論となり、また、それ自体に矛盾を包藏する承服し難い所論となつて現われてくる。

以上述べた實體法學の理論的缺陷は、實體法學が、訴訟法學の正しき學問的地位を承認し、自己の學問的權利範圍を認識することによりて、その多くが解消せられるであらう。法の世界は、實體法と訴訟法とに岐れているが故に、實體法學と訴訟法學とは、それぞれ學問的分野を分ち、相補的關係において相融合することにより、法學の全體系を構造しなければならない。それには、實體法學も、訴訟法學も、ともにその自足體系を破ることが、まず必要である。

かゝる構想のもとに、筆者は、訴訟法學の分野に實體法理論を導入すべく、年來、筆者のいわゆる「實體法・訴訟法對立二元觀」による訴訟法學の理論構造を提唱している。實體法學についても、訴訟法學と融合すべき理論の構造が要請せられる。この要請を無視した實體法學は、自己の理論體系に矛盾と缺陷とをもちたゞざるをえない。その矛盾と缺陷とを指摘したもの、すなわち本稿である。現在の實體法理論には、その反省を必要とする場面が少くない。實體法學者の再考を促がすゆえんである。

しかしてその次に來たる問題は、實體法學と訴訟法學とは、それぞれいかなる學問的構造をもち、その理論分野

を分つべきかということである。筆者は、自然科學にこの問題を解決するの示唆を見出している。すなわち、「ニュートン物理学」(Newtonian physics)と「一般相對性理論」(General theory of relativity)との關係においてである。また、「量子力学」(Quantum physics)に裁判構造論についての何かしらの暗示もあるようである。これ等については、稿を新たに述べるであらう。

あとがき　本稿は、昭和二五年一〇月二九日、京都同志社大學において開催せられた日本私法學會における筆者の研究報告を基礎としたもので、その前半の部分に當る。